



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO SEMINARIO GIURIDICO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO DELL'ECONOMIA

XXIV CICLO

---

---

DAVIDE SCIPIONE MARIA SPITALERI

LA CESSIONE DI CUBATURA

\_\_\_\_\_  
TESI DI DOTTORATO  
\_\_\_\_\_

**Coordinatore e Tutor:**  
**Chiar.mo Prof. MASSIMO PARADISO**

---

---

**Anno Accademico 2011-2012**

## INDICE

<b>Introduzione</b>	<i>p. 1</i>
---------------------	-------------

### Capitolo I

#### LA DISCIPLINA URBANISTICA IN MATERIA DI ATTIVITÀ EDILIZIA

<i>1 – Premessa.</i>	<i>p. 6</i>
<i>2 – Dalle Leggi di unificazione nazionale del 1865 alla Legge Urbanistica del 1942.</i>	<i>p. 7</i>
<i>3 – La Legge Urbanistica Generale, l. n. 1150 del 1942.</i>	<i>p. 9</i>
<i>4 – La legislazione urbanistica nel dopoguerra.</i>	<i>p. 12</i>
<i>5 – La Legge 6 agosto 1967, n. 765, c.d. legge «ponte».</i>	<i>p. 17</i>
<i>6 – La normativa dopo la legge «ponte» e la «legge sulla casa».</i>	<i>p. 22</i>
<i>7 – La Legge 28 gennaio 1977, n. 10, cd. legge «Bucalossi».</i>	<i>p. 27</i>
<i>8 – La legislazione successiva fino al T.U. edilizia.</i>	<i>p. 30</i>
<i>9 – Il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia.</i>	<i>p. 34</i>
<i>10 – I decreti legge n. 78/2010 e n. 70/2011.</i>	<i>p. 42</i>

### Capitolo II

#### LA PROPRIETÀ E IL C.D. *IUS AEDIFICANDI*

##### *Sezione I – La Proprietà Edilizia*

<i>1 – La proprietà nel codice civile.</i>	<i>p. 46</i>
<i>2 – Gli elementi fondamentali del diritto di proprietà.</i>	<i>p. 50</i>
<i>3 – Unitarietà del diritto di proprietà.</i>	<i>p. 53</i>
<i>4 – Limiti alla proprietà fondiaria: lo sfruttamento verticale.</i>	<i>p. 56</i>
<i>5 – La proprietà edilizia.</i>	<i>p. 57</i>

## **Sezione II – Il c.d. ius aedificandi.**

<b>6 – Nozione.</b>	<i>p. 62</i>
<b>7 – Il dibattito sulla natura dello ius aedificandi alla luce della normativa urbanistica: le posizioni della dottrina e della giurisprudenza.</b>	<i>p. 63</i>
7.1 – <i>La dottrina dopo la legge urbanistica del 1942.</i>	<i>p. 64</i>
7.2 – <i>L’innovazione apportata dalla legge «ponte» del ’67.</i>	<i>p. 68</i>
7.3 – <i>Il supposto «scorporo» dello ius aedificandi attuato dalla legge «Bucalossi».</i>	<i>p. 70</i>
7.4 – <i>La posizione della Corte Costituzionale.</i>	<i>p. 73</i>
7.5 – <i>Lo ius aedificandi alla luce dell’attuale assetto normativo: il T.U. Edilizia.</i>	<i>p. 79</i>

## **Capitolo III**

### **LA CESSIONE DI CUBATURA**

<b>1 – La nozione di cubatura e la sua cessione. Primi rilievi.</b>	<i>p. 84</i>
<b>2 – I rapporti tra la normativa urbanistica e quella contrattuale.</b>	<i>p. 86</i>
2.1 – <i>Pari importanza dell’accordo privato e del rapporto con la PA.</i>	<i>p. 89</i>
<b>3 – La cessione di cubatura nelle configurazioni della dottrina: tra struttura negoziale e oggetto della cessione.</b>	<i>p. 92</i>
3.1 – <i>a) Negozio ad effetti obbligatori.</i>	<i>p. 93</i>
3.2 – <i>b) Rinuncia cd. abdicativa.</i>	<i>p. 96</i>
3.3 – <i>c) Cessione di contratto.</i>	<i>p. 98</i>
3.4 – <i>d) Vincolo di destinazione puro.</i>	<i>p. 101</i>
3.5 – <i>e) Vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c..</i>	<i>p. 105</i>
3.6 – <i>f) Negozio condizionato o Presupposizione.</i>	<i>p. 106</i>
3.7 – <i>g) Diritto di superficie.</i>	<i>p. 109</i>
3.8 – <i>h) Diritto di servitù.</i>	<i>p. 110</i>

3.9 – i) Bene giuridico autonomo.	p. 119
3.10 – l) Interesse legittimo.	p. 123
3.11 – m) Diritto reale atipico.	p. 126
<b>4 – I “diritti edificatori” ed il contratto di cessione di cubatura alla luce della novella del 2011.</b>	
4.1 – I “diritti edificatori”.	p. 127
4.2 – Le fasi “decollo”, “volo” e “atterraggio” dei diritti edificatori.	p. 129
4.3 – Natura giuridica dei diritti edificatori.	p. 130
4.4 – Il contratto di cessione di cubatura.	p. 135

#### **BIBLIOGRAFIA**

– <i>Volumi giuridici</i>	p. 137
– <i>Articoli su riviste</i>	p. 148

#### **GIURISPRUDENZA**

– <i>Corte Costituzionale</i>	p. 153
– <i>Suprema Corte di Cassazione</i>	p. 154
– <i>Consiglio di Stato</i>	p. 157
– <i>Tribunali Amministrativi Regionali</i>	p. 159
– <i>Tribunali</i>	p. 162
– <i>Commissioni Tributarie Regionali</i>	p. 162

## INTRODUZIONE

La “cessione di cubatura”, se fino a un paio di anni orsono sembrava aver esaurito l'interesse della comunità scientifica, grazie all'intervento del legislatore in materia è oggi oggetto di rinnovata attenzione da parte della dottrina, ove si evidenzia la tendenza a superare i vecchi schemi nei quali veniva precedentemente inquadrata. Il tema d'altronde si prospetta complesso, sia per i profili di interdisciplinarietà con il diritto amministrativo in generale e con il diritto urbanistico in particolare, sia per il collegamento con importanti problemi civilistici: dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali all'analisi del contenuto del diritto di proprietà, dalle questioni in tema di certezza nella circolazione dei diritti alla pubblicità, con riguardo alla trascrivibilità del contratto di cessione.

Com'è noto la legge «*ponte*», che introdusse rigidi *standards* urbanistici all'interno delle «*zone*» in cui era suddiviso il territorio comunale, veniva a limitare in modo significativo la facoltà privata di edificare in quanto ciascuna zona veniva a caratterizzarsi per una determinata edificabilità, rapportata tra l'altro all'estensione delle singole aree, che prescindeva dall'appartenenza di dette aree. Per ovviare a tale rigido sistema nacque nella prassi il contratto di cessione di cubatura, o del volume edificabile, spinto dalla duplice esigenza di assicurare un'efficiente allocazione delle risorse e, nel contempo, di garantire il bene-casa ai privati. Tale obiettivo veniva perseguito attraverso la cessione del volume edificabile da parte di

chi che non volesse o potesse sfruttarne le potenzialità edificatorie ad altro soggetto che, per contro, non vantasse il diritto di edificare se non in misura “ridotta”.

L'attenzione del legislatore verso una prassi che pure ha conosciuto non poca diffusione è stata pressoché inesistente, in quanto l'impegno normativo è stato precipuamente volto a disciplinare (e limitare) lo svolgimento dell'attività edificatoria nel quadro di una più ampia tutela del territorio. Solo di recente, complice la crisi economica, il legislatore ha parzialmente disciplinato il fenomeno, positivizzando però solo gli aspetti relativi alla pubblicità della cessione: una tipologia di “intervento” normativo, questa, che si pone sulla scia di una recente tendenza a “tipizzare” figure di diritto sostanziale normativizzandone solo l'aspetto pubblicitario che rende di difficile ricostruzione l'istituto, in quanto ad una disciplina scarna (e ad un riconoscimento solo implicito) si aggiunge la consueta, scarsa dimestichezza con concetti rigorosi e puntuali categorie giuridiche.

Un intervento normativo comunque si è dato e, considerato il “piano” su cui è stato operato, mi è parso opportuno seguirne l'approccio, provando a ricostruire la fattispecie *de qua* non incentrandosi sul contratto, sull'accordo con il quale si cede la cubatura (come consueto nelle ricostruzioni dottrinali), bensì sul “diritto” che è oggetto del contratto medesimo.

In particolare, dall'introduzione del numero 2-*bis* all'art. 2643 c.c. (effettuata dal d.l. n. 70/2011, convertito con modifiche dalla l. n.

106/2011) che esplicitamente menziona i “diritti edificatori”, mi sembra si possa evincere che la *ratio legis* sia quella di considerare tali “diritti” un nuovo ed autonomo diritto reale derivante direttamente dallo *ius aedificandi* ma configurandosi quale nuova e autonoma situazione giuridica soggettiva.

Partendo da questa che è la linea informatrice generale, la tesi è stata così suddivisa.

Il primo capitolo è dedicato a una sintetica ricognizione dell’evoluzione della disciplina urbanistica, cercando di mantenere quel parallelismo tra discipline privatistica e pubblicistica che appare centrale per una corretta ricostruzione dell’istituto: i dibattiti sulla natura dello *ius aedificandi* del proprietario, infatti, traggono spunto proprio dal mutevole dato positivo in materia urbanistica. Ed è in tale quadro d’insieme che si dedica specifica attenzione ad alcune figure prettamente urbanistiche, come lo «*zoning*» e i provvedimenti abilitativi all’edificazione, che stanno poi alla base delle varie ricostruzioni teoriche in tema di cessione di cubatura.

Ampio è comunque l’*excursus* sulla normativa relativa al diritto di edificare: movendo dalle prime leggi dell’Italia unita che introducono i *piani urbanistici* e passando dalla Legge Urbanistica generale, che introduce lo strumento della *licenza edilizia*, si tratta della legge «*ponte*» del '67 che estende la licenza a tutti gli interventi edilizi. Il lavoro prosegue con la trattazione relativa alla legge «*Bucalossi*» che, sostituendo la concessione alla licenza (e rendendola onerosa), ha costituito un vero e proprio spartiacque in tema di *ius aedificandi* e ha dato inizio al lungo

dibattito sulla natura e sui caratteri propri del diritto di proprietà in relazione alla facoltà di edificare.

Il capitolo si conclude con le più recenti innovazioni legislative in materia e precisamente con il T.U. in materia edilizia che crea un punto di rottura in quanto riconosce, sia pure implicitamente, quella *micropianificazione ad iniziativa privata* che oggi è alla base della stessa ammissibilità del contratto di cessione di cubatura.

Nel secondo capitolo si effettua un breve inquadramento nell'istituto della proprietà, e in particolar modo nella cornice dei limiti previsti per lo sfruttamento verticale del dominio, del cd. *ius aedificandi*; lo studio ripercorre le diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in particolare costituzionale, avvicendatesi alla luce delle modifiche via via intervenute nella disciplina urbanistica. Sono stati in particolare evidenziati i contrasti sorti con il passaggio dalla legge urbanistica, che introdusse un limite generale al diritto di edificare nei soli centri abitati, alla legge «*ponte*», che estese tale limite a tutto il territorio nazionale, e soprattutto le due contrapposte posizioni teoriche sorte dopo l'emanazione della legge «*Bucalossi*» che avrebbe, secondo alcuni, *avocato alla mano pubblica* il diritto di edificare.

Lo studio si conclude, in questa parte, con l'analisi del cd. *ius aedificandi* come *conformato* dall'attuale normativa urbanistica, alla luce della quale è possibile ritenere, in linea con i più recenti orientamenti



dottrinali e giurisprudenziali, che questo rientri tra le facoltà tipiche spettanti al titolare del diritto di proprietà.

L'ultimo capitolo affronta la tematica della «*volumetria edificabile*», partendo dalla ricognizione delle diverse tesi in materia e costruendo la cessione di cubatura dal punto di vista, non degli effetti del negozio, ma dal diritto oggetto del contratto, e cioè il bene-cubatura (*rectius*: il diritto edificatorio) che viene trasferito per mezzo del negozio, il quale, alla luce dell'innovazione normativa introdotta dal d.l. n. 70 del 2011, potrà rientrare nella categoria dei diritti reali.

# Capitolo I

## LA DISCIPLINA URBANISTICA IN MATERIA DI ATTIVITÀ EDILIZIA

### *1 – Premessa.*

La normativa urbanistica ha acquistato nel tempo sempre maggiore autonomia rispetto alla visione più risalente che la vedeva quale mera fonte di regolamentazione dell'attività edificatoria privata e ciò a causa del processo di ampliamento e autonomizzazione della disciplina, la quale, oggi, non si occupa più solo di regolamentare l'attività dei proprietari dei terreni ma si estende alla pianificazione del territorio a livello regionale e statale e anche a disciplinare *l'uso del territorio* dal punto di vista della tutela dell'ambiente, del patrimonio paesaggistico e culturale<sup>1</sup>.

La materia urbanistica disciplina pertanto, come rilevato da più parti, non solo lo *ius aedificandi* ma attinente alla pianificazione dell'uso del territorio in pressoché tutti i suoi aspetti.

Al grande interesse suscitato negli ultimi anni dalla nuova concezione della scienza urbanistica è seguita una normativa copiosa e spesso contraddittoria, i cui esiti peraltro non sempre sono stati in linea con i diversi intenti con i quali veniva emanata: la città moderna non è riuscita ad

---

<sup>1</sup> La definizione di *ambiente* deve essere separata da quella di *paesaggio* in quanto, secondo il dettato costituzionale, le due discipline sono attribuite allo Stato in via esclusiva, l'ambiente, ed anche in via concorrente alle Regioni, il paesaggio.

assicurare una *nuova qualità* di vita risolvendosi spesso in “*periferia*“ e “*segregazione*”<sup>2</sup>.

Nei paragrafi che seguono si è cercato di dare un quadro dell’evoluzione urbanistica italiana, tenendo sempre presente l’obiettivo del presente lavoro e concentrando perciò l’attenzione su quanto più direttamente attinente al *ius aedificandi* ed alla cessione di cubatura.

## ***2 – Dalle Leggi di unificazione nazionale del 1865 alla Legge Urbanistica del 1942.***

I primi provvedimenti in materia urbanistica sono coevi all’unificazione legislativa del 1865: si tratta in particolare della legge n. 2248, del 20 marzo, e della legge n. 2359, del 25 giugno.

La prima, all’Allegato A), prevedeva la facoltà per i Consigli Comunali di deliberare su «*regolamenti di igiene, edilizia e polizia locale*», e, all’Allegato C), attribuiva al Sindaco il potere di «*rimuovere le cause di insalubrità del vicinato*».

La seconda, di gran lunga più importante, mirava a disciplinare, innanzitutto, l’espropriazione di aree funzionali alla realizzazione di opere pubbliche e immetteva nel nostro ordinamento una disciplina organicamente urbanistica, se pur in via embrionale<sup>3</sup>. Più in particolare, nei Capi VI e VII (artt. 86-94), la nuova normativa introduceva l’istituto dei

---

<sup>2</sup> SALVIA F. – TERESI F., *Diritto urbanistico*, Padova, 2002, p. 5.

<sup>3</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, ed. VI, Milano, 2009, p. 56.

piani urbanistici, divisi in due distinte tipologie: i *piani regolatori edilizi* e i *piani di ampliamento*<sup>4</sup>.

I primi, diretti a riorganizzare l'abitato esistente, costituivano programmi di riassetto e risanamento urbano motivati dal «*bisogno attuale di assicurare la salubrità dell'ambiente e le necessarie comunicazioni*» (art. 86). Il contenuto del piano era dato dall'indicazione degli allineamenti da osservarsi nella ricostruzione di quella parte dell'abitato in cui si dovesse «*rimediare ad una viziosa disposizione degli edifici*»<sup>5</sup>.

Era, altresì, previsto l'obbligo, per chi costruiva, di «*unificarsi alle norme tracciate dal piano*»<sup>6</sup> e nel contempo i piani costituivano dichiarazione di pubblica utilità delle opere e proprietà in essi comprese<sup>7</sup>.

I piani di ampliamento<sup>8</sup>, secondo quanto disposto dall'art. 93 della summenzionata legge, soccorrevano alla dimostrata necessità di estendere l'abitato e recavano le norme da seguirsi nella realizzazione dei nuovi edifici allo scopo di «*provvedere alla salubrità dell'abitato, ed alla più sicura, comoda e decorosa sua disposizione*»<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia, edilizia. Prospettive e problemi*, Bologna, 1982, p. 104.

<sup>5</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia, op. ult. cit.*, p. 104.

<sup>6</sup> Era, inoltre, prevista l'obbligatorietà della demolizione delle costruzioni che avessero violato le disposizioni del piano medesimo e la condanna del proprietario ad una multa (art. 90): L. GENGHINI – T. CAMPANILE – F. CRIVELLARI, *I diritti reali*, in *Manuali Notarili* a cura di L. GENGHINI, Padova, 2011, pp. 167-168.

<sup>7</sup> Così come oggi è prescritto per i piani particolareggiati e di ricostruzione i quali costituiscono l'evoluzione dei piani del 1865: G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. ult. cit.*, pp. 56-57.

<sup>8</sup> Tali piani sostanzialmente corrispondono agli odierni Piani Regolatori Generali: G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. ult. cit.*, p. 57.

<sup>9</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia, op. ult. cit.*, p. 105.

Tali leggi, dunque, non richiedevano il preventivo ottenimento di un'autorizzazione a costruire, ma era necessaria una dichiarazione dell'Autorità pubblica competente che attestasse la possibilità di vivere all'interno dell'abitazione ristrutturata o edificata<sup>10</sup>.

Senonché, tali strumenti non ebbero pressoché alcuna applicazione poiché la predisposizione dei piani era semplicemente facoltativa ed i Comuni, quindi, si astennero dal redigerli<sup>11</sup>. La pianificazione urbana, dunque, si realizzò mediante leggi nazionali a carattere singolare che andarono a prevedere l'assetto urbanistico, e non solo, delle più importanti città italiane<sup>12</sup> e che differivano tra loro per le soluzioni e gli espedienti tecnici utilizzati<sup>13</sup> (la prima fu la legge 15 gennaio 1885, n. 2892 *per il risanamento della città di Napoli*; seguita da altre, quali la legge 25 marzo 1913, n. 553 sul risanamento di Catania e la legge 26 giugno 1913, n. 776 sul risanamento di Genova)<sup>14</sup>.

### **3 – La Legge Urbanistica Generale, l. n. 1150 del 1942.**

La situazione cambiò con l'approvazione, pressoché contemporanea al quello del Codice civile, della «*Legge urbanistica generale*», del 17 agosto

---

<sup>10</sup> L. GENGHINI – T. CAMPANILE – F. CRIVELLARI, *I diritti reali*, in *op. ult. cit.*, p. 168.

<sup>11</sup> Il vero punto debole non risiedeva, però, nella mancanza di un obbligo a carico dei Comuni quanto nella mancanza all'interno degli stessi di un apparato tecnico necessario per progettare un piano: A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1980, p. 25.

<sup>12</sup> SALVIA F. – TERESI F., *Diritto urbanistico*, *op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>13</sup> A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, *op. ult. cit.*, p. 25.

<sup>14</sup> Per una disamina delle varie leggi a carattere particolare emanate si vedano M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, *op. ult. cit.*, p. 106; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, *op. ult. cit.*, p. 57; D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, Napoli, 2009, pp. 235-236.

1942, n. 1150, con la quale venne ribaltato il rapporto tra la normativa-quadro e le singole leggi di intervento spostando l'ago della bilancia a favore della prima<sup>15</sup>. Tale legge, ritenendo concluse le maggiori trasformazioni urbanistiche operate con gli interventi legislativi speciali, cercava di riportare alle comunità locali, ed in particolare ai Comuni, l'iniziativa per lo sviluppo e la gestione del territorio, dettando norme valedoli per tutti i Comuni e per l'interno territorio nazionale<sup>16</sup>.

La legge urbanistica introduceva, per la prima volta, una disciplina unitaria ed articolata della materia, prevedendo due distinti livelli di pianificazione dell'uso del suolo: quello riguardante i singoli aggregati urbani e quello avente ad oggetto più ampie porzioni di territorio<sup>17</sup>.

A livello di pianificazione delle aree di maggiore estensione rispetto al singolo centro abitato, era prevista la predisposizione di *piani territoriali di coordinamento* (artt. 5 e 6) che avevano lo scopo dichiarato di «*orientare o coordinare l'attività urbanistica*» in ambito sovracomunale, da svolgere in determinate aree individuate dal Ministero dei Lavori pubblici. Tali piani, elaborati d'intesa con le Amministrazioni interessate, dovevano stabilire le direttive da seguire nel territorio specificato, con particolare riguardo alle «*località da scegliere come sede di nuovi nuclei edilizi*». Sempre al medesimo livello, venivano introdotti *i piani regolatori intercomunali* che

---

<sup>15</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 107.

<sup>16</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 108.

<sup>17</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 236.

avevano come obiettivo il coordinamento e l'armonizzazione dell'attività urbanistica dei Comuni più vicini<sup>18</sup>.

L'attività urbanistica comunale veniva, a sua volta, divisa in grande pianificazione (*Piani Regolatori Generali e Piani Particolareggiati*), caratterizzata dalla coattività, ed in piccola pianificazione, non coattiva, di tipo regolamentare da attuarsi mediante i *programmi di fabbricazione*<sup>19</sup>. Detti strumenti predisponavano un'integrale pianificazione del territorio comunale da intendersi ripartito in aree funzionali, diverse per destinazione d'uso, costituendo tale destinazione al tempo stesso il limite all'utilizzazione dei terreni da parte dei rispettivi proprietari.

Veniva inoltre introdotto, quale elemento caratterizzante l'attività di pianificazione, lo «*zoning*», e cioè, la divisione del territorio in zone «*con precisazione di quelle destinate all'espansione dell'aggregato urbano, ed i caratteri ed i vincoli di zona da osservare nell'edificazione*»<sup>20</sup>. In tal modo si consentiva all'autorità pubblica di controllare, specialmente in fase di edificazione, non solo l'ampliamento e la trasformazione dell'aggregato urbano ma anche la destinazione d'uso delle singole particelle nell'ambito della medesima zona.

Tale controllo veniva svolto attraverso la previsione di un apposito provvedimento amministrativo, *la licenza edilizia*, di cui i privati si dovevano munire nel caso in cui volessero edificare nei centri abitati. Il sistema autorizzatorio, più in particolare, era limitato agli abitati ed alle

---

<sup>18</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali, op. ult. cit.*, p. 236

<sup>19</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. ult. cit.*, p. 58.

<sup>20</sup> Art. 7, comma 2, n. 2 della legge urbanistica nel testo originario.

zone di espansione che fossero previste dai piani regolatori (ove esistenti) e riguardava le «*nuove costruzioni edilizie*» ovvero l'ampliamento o modifica di quelle esistenti (art. 31, comma 1, L.U. nel testo originario)<sup>21</sup>. Infine, la licenza era condizionata anche dall'osservanza delle norme dei regolamenti edilizi previste dall'art. 33 della medesima legge, caratterizzate da una eccessiva rigidità<sup>22</sup>.

#### ***4 – La legislazione urbanistica nel dopoguerra.***

La legge urbanistica, anche per le note vicende belliche successive alla sua emanazione, non divenne, però, subito operativa poiché quello che doveva essere il cardine del sistema, la distinzione tra i PRG e PRP, affidava ad entrambi i tipi di piano il compito di individuare le aree da riservare alle opere pubbliche ed impianti, rendendo ardua la comprensione in quale dei due momenti la localizzazione doveva essere definitivamente progettata<sup>23</sup>.

Successivamente, nel periodo della ricostruzione post-bellica, la L.U. acquistò una sola parziale operatività in quanto pochi Comuni si dotarono dei piani regolatori generali mentre interi istituti (ad es.: i piani particolareggiati di attuazione, i comparti edificatori) non ebbero, di fatto, attuazione<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 892.

<sup>22</sup> L. GENGHINI – T. CAMPANILE – F. CRIVELLARI, *I diritti reali*, in op. ult. cit., p. 169.

<sup>23</sup> A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, op. ult. cit., p. 25.

<sup>24</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 111.



La maggiore preoccupazione in tale periodo, a ben guardare, non fu la pianificazione urbanistica bensì la ricostruzione e l'incremento edilizio che furono sostenuti e incentivati attraverso diverse normative che prevedevano agevolazioni fiscali e creditizie<sup>25</sup>.

- La Legge 2 luglio 1949, n. 408 (Legge *Tupini*) prevedeva per le «*case non di lusso*» iniziate entro il 31 dicembre 1953 numerose agevolazioni, quali: esenzioni delle imposte sui fabbricati, riduzioni dell'imposta ipotecaria per l'acquisto di aree edificabili.
- La Legge 10 agosto 1950, n. 715 (Legge *Aldisio*) istituiva un «*Fondo per l'incremento edilizio*» destinato a sollecitare l'attività edilizia privata, favorendo l'iniziativa dei *piccoli risparmiatori*, con la concessione di mutui trentacinquennali a tassi agevolati per la costruzione di case di abitazione, escluse quelle di lusso. In tal modo l'importo delle rate non gravava in *toto* sui mutuatari giacché lo Stato, attraverso il fondo, si impegnava a versare la differenza tra i tassi previsti dalla suddetta legge e quelli di mercato.
- La Legge 27 ottobre 1951, n. 1402, fu emanata allo scopo di contemperare nei paesi danneggiati dalla guerra le esigenze inerenti ai più urgenti lavori edilizi con la necessità di non compromettere il razionale futuro sviluppo degli abitati. Pertanto, obbligava i Comuni ricompresi in un apposito elenco (da approvarsi dal Ministro per i lavori pubblici) a procedere alla formazione di un «*piano di ricostruzione*», al

---

<sup>25</sup> Per l'elencazione pressoché completa dei provvedimenti legislativi che contemplavano le diverse agevolazioni si veda: A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, op. ult. cit., pp. 32-33.

fine di individuare, sia all'interno sia all'esterno rispetto al perimetro edificato, le zone destinate a demolizione ed a ricostruzione e quelle, invece, destinate a servizi<sup>26</sup> Questi piani in origine avevano valenza equiparabile a quella del piano particolareggiato di attuazione ma con un periodo di validità limitato ad un quinquennio, rinnovabile con delibera comunale. In concreto, la vigenza di essi fu prorogata fino al 31 dicembre 1970. Sennonché per evitare le restrizioni derivanti dalla legge, si ebbe una massiccia edificazione delle aree periferiche, che fino ad allora non erano sottoposte a controlli, con un notevole incremento delle volumetrie edificabili<sup>27</sup>.

- Con la Legge 3 novembre 1952, n. 1902 venne introdotta l'applicazione di misure di salvaguardia destinate a disciplinare il periodo di tempo intercorrente tra l'adozione comunale dei piani e l'approvazione ministeriale, prevedendo, nell'unico articolo, il potere del Sindaco e del Prefetto di sospendere il rilascio della licenza edilizia nel suddetto periodo. Il tutto con l'evidente fine di evitare il definitivo pregiudizio dell'assetto urbanistico previsto dagli strumenti urbanistici.

---

<sup>26</sup> Art. 3, l. n. 1402/1951 così disponeva: «*Il piano di ricostruzione ha efficacia di piano regolatore particolareggiato e deve indicare:*

*a) le reti stradali e ferroviarie;*

*b) le aree da assegnare a sede di edifici di culto, di uffici e servizi pubblici e a spazi di uso pubblico;*

*c) le zone destinate a demolizioni, ricostruzioni, riparazioni e Costruzione di edifici e quelle sottoposte a vincoli speciali;*

*d) le zone che fuori del perimetro dell'abitato sono (destinate alla edificazione, perché riconosciute necessarie per la ricostruzione dell'aggregato urbano;*

*e) le caratteristiche delle zone di cui alle lettere c) e d)».*

<sup>27</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 237.

- La Legge 3 novembre 1955, n. 1357 stabiliva una proroga del termine per l'attuazione dei piani regolatori e di attuazione nonché nuove disposizioni in merito al rilascio della licenza edilizia in deroga al regolamento edilizio e modifiche al citato articolo unico della legge n. 1902/52.
- La Legge 18 aprile 1962, n. 167, relativa ai programmi decennali di edilizia abitativa pubblica, consentì ai Comuni di acquisire le aree necessarie ai servizi ed alle abitazioni (*Piani di Edilizia Economica e Popolare*). L'obbiettivo della legge, fornire ai ceti meno abbienti il bene-casa, creava per la prima volta nel panorama giuridico, un collegamento organico tra l'edilizia popolare, l'urbanistica e l'espropriazione, allargando i tradizionali confini dell'istituto<sup>28</sup>. I P.E.E.P., pur avendo la medesima forza esecutiva e l'attitudine all'immediata realizzazione edilizia, non erano identificabili né con i piani regolatori generali né con i piani particolareggiati previsti dalla legge urbanistica. Anzi differivano notevolmente da quest'ultimi perché mentre i piani particolareggiati dovevano essere conformi al PRG, i P.E.E.P. potevano anche derogarvi, avendo la forza di modificare la zonizzazione comunale<sup>29</sup>. Questa normativa, inoltre, introdusse per la prima volta un criterio di determinazione del valore dei terreni espropriati diverso da quello del valore venale (o ad altri parametri che,

---

<sup>28</sup> Istituto che da strumento per la realizzazione di opere pubbliche, tendeva, per questa via, a perseguire i più vasti scopi di interesse (pubblico) sociale, anche se non consistenti in opere: M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 119.

<sup>29</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 120.

fino a quel momento, avevano avuto il fine di salvaguardare gli interessi privati).

L'indennizzo di espropriazione venne, infatti, correlato al *valore delle aree nei due anni prima dell'approvazione del piano*<sup>30</sup> e si affermò la necessità di controllare la riproduzione della rendita stessa nel tempo, mantenendo alla collettività il controllo delle aree urbanizzate cedute ai privati per l'edificazione.

Tali criteri di determinazione dell'indennità e delle modalità di espropriazione vennero comunque ritenuti costituzionalmente illegittimi<sup>31</sup>.

- Il vuoto legislativo venne colmato con la Legge 21 luglio 1965, n. 904, la quale, tra l'altro, indicò il valore dell'indennizzo di esproprio *nella semisomma fra il valore di mercato e la somma dei fitti coacervati nel decennio precedente*<sup>32</sup> (richiamando per la determinazione la legge sul risanamento di Napoli)<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Art. 12, comma 2, nel testo originario: «*Il valore venale e' riferito a due anni precedenti alla deliberazione comunale di adozione del piano e va determinato senza tenere conto degli incrementi di valore dipendenti, direttamente o indirettamente, dalla formazione e attuazione del piano*».

<sup>31</sup> Corte Costituzionale, 5 aprile 1965, n. 22, in *Giur. Cost.*, 1965, pp. 198-228, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 2, della legge 18 aprile 1962, n. 167, per violazione dell'art. 42, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede adeguati temperamenti affinché l'indennizzo non perda «*consistenza, in modo tale da non assolvere più la funzione di garanzia*» riconosciuti dalla Costituzione e dalla stessa Corte in altre importanti decisioni.

<sup>32</sup> Art. 1: «*L'indennità di espropriazione delle aree e' determinata dall'Ufficio tecnico erariale nei modi previsti dall'articolo 13 della, legge 15 gennaio 1885, n. 2892*».

<sup>33</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali, op. ult. cit.*, p. 238.

**5 – La Legge 6 agosto 1967, n. 765, c.d. legge «ponte».**

L'incremento dell'attività edificatoria in esito alla crescita economica degli anni '60 ben presto rese evidente l'indispensabilità di adottare una normativa adeguata alle esigenze dei tempi. Da un lato occorre rendere più celere l'adozione degli strumenti urbanistici, dall'altro assicurare la pratica attuazione delle prescrizioni in essi contenute, tutelando il territorio e le scelte urbanistiche degli enti territoriali<sup>34</sup>. Nel 1967, in seguito alla frana di Agrigento, venne emanata la Legge 6 agosto 1967 n. 765, denominata legge «*ponte*» poiché avrebbe dovuto servire quasi come un ponte, transitorio, per collegare la fase iniziale della normativa urbanistica italiana con l'inizio della fase seguente<sup>35</sup>.

Tale legge, traendo spunto da quasi un quarto di secolo di “applicazione” (o non applicazione) della L.U., aveva come scopo ultimo il porre sotto controllo lo sviluppo urbano attraverso un unico istituto, il piano regolatore, e ciò anche per superare l'*impasse* dovuta alle numerose difficoltà di formazione dei piani particolareggiati<sup>36</sup>.

I Comuni furono privati della discrezionalità loro concessa in merito al contenuto dei piani da adottare e furono introdotte normative transitorie di salvaguardia per i (numerosi) Comuni sprovvisti di strumenti urbanistici<sup>37</sup>.

La legge «*ponte*» sostituì alla breve elencazione delle finalità che il piano doveva perseguire di cui all'art. 7 della L.U., stringenti e rigorosi

---

<sup>34</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 238.

<sup>35</sup> A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, op. ult. cit., p. 40.

<sup>36</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 123.

<sup>37</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 59.

*standards* edilizi<sup>38</sup>. Più in particolare, l'art. 17 della legge *de qua* prevedeva sostanzialmente tre tipi di prescrizioni:

1. per i Comuni sprovvisti di strumenti urbanistici, erano previste limitazioni generali, valide *ex lege* per tutto il territorio nazionale, all'edificazione a scopo residenziale<sup>39</sup>;
2. nei Comuni dotati di strumenti urbanistici, non erano più consentite edificazioni che superassero una determinata altezza o edifici che avessero una volumetria superiore a quella stabilita<sup>40</sup>;
3. tutti i Comuni, nell'adottare nuovi strumenti urbanistici o nel rivedere quelli esistenti, dovevano inserirvi inderogabili limiti di densità edilizia, altezza e distanza tra i fabbricati nonché di rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi o al verde pubblico o ai parcheggi o alle attività collettive<sup>41</sup>.

I limiti e i rapporti previsti dall'art. 17 dovevano, inoltre, essere definiti per «*zone territoriali omogenee*» con decreto del Ministro per i lavori

---

<sup>38</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 124.

<sup>39</sup> L'art. 17 della legge «*ponte*»: «*Nei Comuni sprovvisti di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione la edificazione a scopo residenziale e' soggetta alle seguenti limitazioni:*

- a) *il volume complessivo costruito di ciascun fabbricato non può superare la misura di un metro cubo e mezzo per ogni metro quadrato di area edificabile, se trattasi di edifici ricadenti in centri abitati, i cui perimetri sono definiti entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge con deliberazione del Consiglio comunale sentiti il Provveditorato regionale alle opere pubbliche e la Soprintendenza competente, e di un decimo di metro cubo per ogni metro quadrato di area edificabile, se la costruzione e' ubicata nelle altre parti del territorio;*
- b) *gli edifici non possono comprendere più di tre piani;*
- c) *l'altezza di ogni edificio non può essere superiore alla larghezza degli spazi pubblici o privati su cui esso prospetta e la distanza dagli edifici vicini non può essere inferiore all'altezza di ciascun fronte dell'edificio da costruire».*

<sup>40</sup> I limiti erano stabiliti in un'altezza non superiore ai 25 metri e in una volumetria non maggiore di tre (3) metri cubi per un (1) metro quadrato.

<sup>41</sup> A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, op. ult. cit., p. 41.

pubblici (di concerto con il Ministro per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici), poi effettivamente emanato il 2 aprile 1968 n. 1444 (art. 17, ultimo comma, legge «*ponte*»).

Le procedure di approvazione dei piani urbanistici registravano una semplificazione<sup>42</sup>, prevedendosi la fissazione di termini perentori e di poteri sostitutivi nei casi di inadempienza degli organi comunali.

Si introduceva con la legge «*ponte*» la necessità della stipula di un apposito *piano di lottizzazione convenzionato*, in alternativa al piano particolareggiato di attuazione, al fine di dare concreta esecuzione al piano regolatore generale<sup>43</sup>.

L'autorizzazione comunale alla lottizzazione del territorio pianificato fu, quindi, subordinata alla stipula di una *convenzione*<sup>44</sup> con il proprietario del terreno, da trascriversi a sua cura, e fu, altresì, sancito il divieto di procedere alla lottizzazione dei terreni a scopo edilizio sul territorio non pianificato<sup>45</sup>. Nella convenzione doveva essere, innanzitutto, prevista la

---

<sup>42</sup> SALVIA F. – TERESI F., *Diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 8.

<sup>43</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 239.

<sup>44</sup> L'articolo 8 inserì all'art. 28 L.U. il seguente comma: «L'autorizzazione comunale era subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario, che dovesse prevedere:

- 1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate all'articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2;
- 2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;
- 3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata la esecuzione delle opere di cui al precedente paragrafo;
- 4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione».

<sup>45</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 128.

cessione gratuita al Comune<sup>46</sup> da parte del *dominus soli*, entro termini prestabiliti, delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria (quali, ad es., strade residenziali, parcheggi, fognature, pubblica illuminazione) nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria (mercati di quartiere, asili nido, impianti sportivi di quartiere) determinata in proporzione dell'entità e delle caratteristiche delle lottizzazioni<sup>47</sup>. Nella convenzione doveva essere, altresì, prevista a carico del proprietario del terreno l'assunzione degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che si rendessero necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi<sup>48</sup>. Nasceva così il concetto di oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, a fronte delle correlative opere, ravvisandosi una delle cause dello «*squilibrato sviluppo urbano*» nel fatto che le opere di urbanizzazione fossero lasciate a carico dei Comuni<sup>49</sup>. La convenzione infine, per quanto qui di interesse, doveva essere trascritta con l'onere a carico del privato.

---

<sup>46</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 9 settembre 1997, n. 8743, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1654: «*La cessione gratuita di un terreno al Comune, stipulata in esecuzione di una convenzione di lottizzazione al fine di assicurare la possibilità di destinazione del bene a verde pubblico, prevista dal piano di lottizzazione attuativo del P.R.G., fa solo entrare il bene nel patrimonio del Comune senza attribuirgli i caratteri che ne consentono la collocazione nella categoria dei beni del patrimonio indisponibile, potendo questi dipendere esclusivamente da una effettiva e concreta destinazione a servizio pubblico*».

<sup>47</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 321.

<sup>48</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 4 maggio 2004, n. 2687, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, p. 1367: «*Gli obblighi cui è soggetta l'autonomia privata nella determinazione del contenuto della convenzione di lottizzazione non sono solo quelli che le parti si impongono liberamente e che trovano espressione nel contratto, ma, secondo l'art. 1374 c.c. anche quelli che consequenzialmente derivano secondo legge*».

<sup>49</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia*, op. ult. cit., p. 129.



Parte della giurisprudenza ha ritenuto, anche in tempi recenti, che condizione di efficacia dell'autorizzazione a lottizzare fossero non solo la sottoscrizione della convenzione ma anche la sua trascrizione<sup>50</sup>.

Una parte della dottrina<sup>51</sup>, dissentendo da tale opinione, affermò che la trascrizione doveva rimanere un mezzo di pubblicità non essenziale all'istituto in quanto era già con la sola convenzione che sorgeva il rapporto lottizzatorio, al quale, tra l'altro, il privato non poteva sottrarsi nemmeno trasferendo la proprietà del terreno<sup>52</sup>.

La legge del '67, inoltre, portò significative modifiche anche al regime della licenza edilizia che vedeva ampliato lo spettro di applicazione «*all'intero territorio comunale*» con l'obbligo, per i privati, di munirsi preventivamente della licenza per dar corso a qualsiasi costruzione (non solo, come precedentemente, nell'ambito del centro abitato). Inoltre, era stabilito un limite temporale di validità della licenza, con un termine di inizio lavori non superiore ad un anno e finale di compimento lavori di tre anni<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 maggio 1997 n. 481, in *Riv. giur. edil.*, 1997, I, p. 929: «*Il procedimento di formazione della lottizzazione convenzionata si perfeziona con il provvedimento di autorizzazione del sindaco, mentre la stipulazione e la trascrizione della convenzione, se non siano anteriori a tale provvedimento, costituiscono condizioni di efficacia di esso*».

<sup>51</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 323.

<sup>52</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 28 agosto 2002, n. 12571, in *Dir. e giur. agr.*, 2003, 5, p. 298, con nota di R. TRIOLA: «*L'assunzione, a carico del proprietario del terreno, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione costituisce un'obbligazione propter rem. Ciò comporta che essa va adempiuta non solo da colui che ha stipulato la convenzione con il Comune, ma anche da colui (se soggetto diverso) il quale richiede la concessione edilizia, e - inoltre - che colui che realizza opere di trasformazione edilizia, valendosi della concessione rilasciata al suo «dante causa», e solidalmente obbligato con quest'ultimo per il pagamento degli oneri anzidetti*».

<sup>53</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 893.

L'edificazione privata veniva, altresì, collegata alla preesistenza nella zona di opere di urbanizzazione primarie ovvero, se mancanti, da effettuarsi a carico del Comune entro un triennio o all'obbligo del privato stesso di realizzarle nel contesto dell'intervento edilizio<sup>54</sup>.

Infine, era concessa a tutti i cittadini la facoltà di opporsi al rilascio di licenze edilizie contrastanti con prescrizioni di legge e regolamenti<sup>55</sup>.

La legge «*ponte*» peraltro contemplava un anno di “moratoria” e ciò venne a sortire effetti opposti rispetto a quelli che ci si proponeva, incentivando l'abusivismo speculativo<sup>56</sup>.

#### **6 – La normativa dopo la legge «*ponte*» e la «*legge sulla casa*».**

Subito dopo l'entrata in vigore della legge «*ponte*», venne in considerazione la questione dei vincoli di inedificabilità previsti dalla legge urbanistica.

Si trattava del caso in cui su aree di proprietà privata veniva posto un vincolo di inedificabilità assoluta che ne impediva l'utilizzazione dal punto di vista edificatorio. L'ente locale, il quale avrebbe pure dovuto acquisirle allo scopo di soddisfare le programmate esigenze di realizzazione dei servizi, a tanto non provvedeva (per lo più per motivi economici, non disponendo delle risorse necessarie per provvedere all'erogazione dell'indennizzo espropriativo)<sup>57</sup>. A questa situazione, che di fatto

---

<sup>54</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 893.

<sup>55</sup> Art. 10 legge n. 756/1967, cfr. D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 239.

<sup>56</sup> L. GENGHINI – T. CAMPANILE – F. CRIVELLARI, *I diritti reali*, in op. ult. cit., p. 170.

<sup>57</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 239.

rappresentava una vera e propria espropriazione ma senza il diritto ad un indennizzo, conseguiva anche l'indeterminatezza temporale del vincolo.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 55/1968 , dichiarò *«l'illegittimità costituzionale dei numeri 2, 3, 4 dell'art. 7 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e dell'art. 40 stessa legge, nella parte in cui non prevedevano un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali, quando le limitazioni stesse abbiano contenuto espropriativo»*<sup>58</sup>.

Per colmare il vuoto normativo creato dal giudizio di legittimità, venne emanata la Legge 19 novembre 1968, n. 1187, la quale all'art. 2 prevedeva che i *«vincoli che comportino l'inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati»*.

Con il dichiarato scopo di accelerare le procedure in materia di opere pubbliche e in materia urbanistica ed incentivare l'attività edilizia, venne, altresì, emanata la Legge 1 giugno 1971, n. 291, la quale apportò modifiche agli artt. 10, 41-*quinques* e abrogò parzialmente l'art. 45<sup>59</sup>.

Una svolta nell'intervento pubblico in materia edilizia, per giudizio unanime<sup>60</sup>, fu l'emanazione della Legge 22 ottobre 1971, n. 865, cd. *«legge sulla casa»*, che fu presentata come *«uno stralcio della riforma urbanistica*

---

<sup>58</sup> Corte Costituzionale, 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 838-883, con nota di G. LOMBARDI.

<sup>59</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 60.

<sup>60</sup> V. DOMENICHELLI, voce *Edilizia residenziale pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, p. 415.

*di cui costituisce una premessa e una sostanziale anticipazione»<sup>61</sup>*, in quanto introdusse modifiche profonde sia alla normativa sull'espropriazione per pubblica utilità, e in specie sul calcolo dell'indennità (poi estesa a tutte le opere pubbliche), sia alla legislazione urbanistica<sup>62</sup>.

La legge, stando agli aspetti che più da vicino concernono la disciplina della proprietà privata delle aree edificabili e delle abitazioni, prevede la possibilità di un ampio ricorso al diritto di superficie: le aree, ormai di proprietà del Comune, venivano date in concessione ai privati, i quali si impegnavano a costruire le case popolari, con le relative opere di urbanizzazione<sup>63</sup>. Più in particolare, l'edificazione di alloggi popolari, ad opera delle imprese e delle cooperative, veniva subordinata alla stipulazione di un'apposita *convenzione* con l'ente locale volta a disciplinare, oltre al pagamento della concessione del diritto di superficie ed alle prescrizioni per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, i criteri per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi e quelli atti a consentire la revisione periodica dei canoni di locazione (art. 35, comma 8, l. n. 865/1971<sup>64</sup>).

---

<sup>61</sup> Secondo l'espressione dell'on. Lauricella, in replica alla conclusione del dibattito generale sulla l. 865, in A.P., Camera dei Deputati, V Legislatura, resoconto stenografico, 18-5-1971, 460a seduta, riportata da V. DOMENICHELLI, voce *Edilizia residenziale pubblica*, in *op. ult. cit.*, p. 416.

<sup>62</sup> La legge n. 865/1971 fu successivamente modificata dalla legge n. 10/1977, cd. legge «Bucalossi»

<sup>63</sup> L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile*, *op. ult. cit.*, p. 97.

<sup>64</sup> Il quale disponeva che: «*La convenzione deve prevedere:*

- a) *il corrispettivo della concessione in misura pari al costo di acquisizione delle aree nonché al costo delle relative opere di urbanizzazione se già realizzate;*
- b) *il corrispettivo delle opere di urbanizzazione da realizzare a cura del comune o del consorzio, ovvero, qualora dette opere vengano eseguite a cura e spese del concessionario, le relative garanzie finanziarie, gli elementi progettuali delle opere da*

La «*legge sulla casa*» attribuì inoltre la facoltà ai Comuni di espropriare, entro le zone di espansione dell'aggregato urbano, i c.d. «*piani di zona*»<sup>65</sup>, le aree inedificate e quelle su cui insistono costruzioni che siano in contrasto con la destinazione di zona, limitando l'indennizzo spettante ai privati espropriati al prezzo pari al mero *valore agricolo* dei terreni<sup>66</sup>.

È di tutta evidenza l'importanza di tale previsione, venendosi a porre un criterio radicalmente diverso da quello corrispondente al valore venale (o ai diversi correttivi come *la semisomma tra esso ed i fitti coacervati dell'ultimo decennio*<sup>67</sup>), previsti dalla normativa precedente.

Alla «*legge sulla casa*», seguì, ad opera del D.P.R. 15 gennaio 1972, n. 8<sup>68</sup>, il trasferimento alle Regioni a Statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia urbanistica, viabilità, acquedotti e, più in

---

*eseguire e le modalità del controllo sulla loro esecuzione, nonché i criteri e le modalità per il loro trasferimento ai comuni od ai consorzi;*

- c) le caratteristiche costruttive e tipologiche degli edifici da realizzare;*
- d) i termini di inizio e di ultimazione degli edifici e delle opere di urbanizzazione;*
- e) i criteri per la determinazione e la revisione periodica dei canoni di locazione, nonché per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, ove questa sia consentita;*
- f) le sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella convenzione ed i casi di maggior gravità in cui tale inosservanza comporti la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie;*
- g) i criteri per la determinazione del corrispettivo in caso di rinnovo della concessione, la cui durata non può essere superiore a quella prevista nell'atto originario».*

<sup>65</sup> I «*piani di zona*» avevano come fine di procurare primariamente ai Comuni terreni ove costruire edifici di tipo popolare-economico in zone non ancora edificate ma previste come zone di espansione, in modo da evitare l'aggravio economico derivante dell'espropriazione di aree già edificate, e, se ciò non fosse stato possibile, consentire gli espropri anche di aree già edificate. Lo scopo della legge era anche perseguito favorendo gli espropri sia dal punto di vista della procedura da seguire sia, soprattutto, mantenendone bassi i costi.

<sup>66</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 240.

<sup>67</sup> Calcolo previsto dalla Legge 21 luglio 1965, n. 904, si veda il superiore par. 3.

<sup>68</sup> L'art. 1 prevedeva che il trasferimento delle funzioni riguardasse, tra l'altro, le funzioni amministrative statali concernenti l'approvazione dei piani territoriali di coordinamento previsti dall'art. 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni ed integrazioni [lett. a)], l'approvazione dei piani delle zone destinate all'edilizia economica e popolare [lett. f)], l'approvazione dei regolamenti edilizi comunali e dei programmi di fabbricazione [lett. h)] ed il nulla-osta all'autorizzazione comunale dei piani di lottizzazione [lett. i)].

generale, di lavori pubblici di interesse regionale. Venne, altresì, trasferita la competenza relativa alla formazione ed all'approvazione del piano paesistico previsto all'art. 5 della Legge 29 giugno 1939, n. 1497<sup>69</sup> (art. 1, ultimo comma, nel testo originario). Permane però, a tutt'ora, la competenza dello Stato relativamente alle funzioni di identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio e di indirizzo e di coordinamento delle attività regionali, per la salvaguardia di esigenze di carattere unitario<sup>70</sup>.

Decorsi i cinque anni previsti dalla Legge n. 1187/1968, le problematiche all'interno dei Comuni erano rimaste pressoché identiche in quanto non si dotarono nei tempi prescritti dei PRG e, per tali motivi, venne emanata una proroga ulteriore di durata biennale del regime vincolistico d'inedificabilità, con la Legge 30 novembre 1973, n. 756 (denominata legge «tamponne»)<sup>71</sup>. In tale legge fu, altresì, prevista l'emanazione di un quadro al fine di consentire alle Regioni di esercitare la propria potestà normativa in materia. Sennonché, al termine di scadenza della proroga (alla fine del mese di novembre del 1975) senza che fosse stato approntato alcun provvedimento idoneo a risolvere il problema, si ripresentò la medesima alternativa per i Comuni, e cioè o indennizzare i proprietari delle aree vincolate o rendere edificabili le aree precedentemente vincolate<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Normativa che è stata abrogata dall'art. 166 del D. Lgs. n. 490/1999, successivamente sostituito dal Codice dei beni culturali di cui al D. Lgs. n. 42/2004.

<sup>70</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 241.

<sup>71</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 60.

<sup>72</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., pp. 239-240.

Per questo motivo, con il D.l. 29 novembre 1975, n. 562, convertito nella Legge 22 dicembre 1975, n. 696, venne approvato un nuovo provvedimento avente funzione di ulteriore *tampone*, contenente una nuova proroga dei vincoli fino al 31 dicembre 1976, senza prevedere alcunché in tema di indennizzo.

Infine, un'ulteriore proroga, fino al 31 gennaio 1977, venne stabilita col D.l. 26 novembre 1976, n. 781 convertito nella Legge 24 gennaio 1977, n. 6<sup>73</sup>.

#### ***7 – La Legge 28 gennaio 1977, n. 10, cd. legge «Bucalossi».***

Si ritenne di poter superare le problematiche afferenti ai vincoli di inedificabilità e di consentire, nelle intenzioni del legislatore, una più efficace tutela del territorio con la emanazione della Legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge «Bucalossi»).

Con tale legge furono introdotti:

1. il nuovo concetto, generico, di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, comprendente anche le attività umane, oltre alla disciplina propria delle costruzioni<sup>74</sup>;
2. il contributo di urbanizzazione per il rilascio del nuovo provvedimento abilitativo, la concessione edilizia, che sostituì in tutto la vecchia, gratuita, licenza edilizia;

---

<sup>73</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali, op. ult. cit.*, p. 240.

<sup>74</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. ult. cit.*, p. 894.

3. il concetto di *modificazione urbanistica ed edilizia* del territorio, che doveva comprendere non solo le costruzioni, come disciplinate dai piani e regolamenti urbanistici, ma anche la modificazione visiva del paesaggio<sup>75</sup>;
4. il principio della programmazione, nelle aree urbane di una certa dimensione, dei tempi di attuazione delle previsioni degli strumenti urbanistici generali, realizzata per mezzo dei programmi pluriennali di attuazione<sup>76</sup>;
5. la sanzione della confisca delle opere abusive e più in generale l'inasprimento e la differenziazione delle sanzioni<sup>77</sup>.

Il legislatore, quindi, intese affermare nuovi principi di fondo in tema di edificabilità dei suoli, introducendo il principio generale dell'onerosità dell'atto autorizzativo all'edificazione, in quanto si reputò che la facoltà di edificare non dovesse esser più ritenuta come essenzialmente connessa al diritto di proprietà<sup>78</sup>.

L'idea dell'*avocazione alla mano pubblica* del diritto di edificare era, a ben vedere, già stata introdotta surrettiziamente nell'ordinamento per il tramite della legge n. 865/1971 che aveva previsto che l'indennità di espropriazione dovesse essere calcolata con riferimento al solo valore agricolo del terreno, pur quando questo fosse edificabile, così negando indennizzo alla principale componente patrimoniale dei suoli.

---

<sup>75</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 895.

<sup>76</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 895.

<sup>77</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 895.

<sup>78</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 61 ed ivi per numerosi riferimenti bibliografici sulla legge n. 10 del 1977.



«*Scorporato*» dal diritto di proprietà, lo *ius aedificandi* sarebbe stato di volta in volta concesso al privato<sup>79</sup> in esito ad un procedimento amministrativo che avrebbe avuto inizio in esito alla presentazione della richiesta della *concessione*<sup>80</sup>.

Tale provvedimento si atteggiava come atto dovuto, ogniqualvolta l'intervento edilizio per cui era richiesta la concessione poteva essere considerato conforme alle prescrizioni dei piani urbanistici<sup>81</sup>. Era, inoltre, connotata dall'irrevocabilità, dalla trasferibilità unitamente all'area per la quale viene rilasciata nonché, come già detto, dall'onerosità. Quest'ultimo carattere implicava che il rilascio fosse effettuato in esito alla corresponsione di un contributo correlato alle spese di urbanizzazione ed ai costi di costruzione, essendo stato affermato il principio secondo il quale qualsiasi attività che comportasse trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale dovesse partecipare agli oneri ad essa relativi<sup>82</sup>.

Il cambio di nomenclatura avrebbe dovuto portare, nelle intenzioni del legislatore, il passaggio della facoltà di edificazione dai titolari del diritto di proprietà all'Ente pubblico ed avrebbe dovuto, così, garantire un maggior rispetto della normativa urbanistica, oltreché risolvere il problema sorto per

---

<sup>79</sup> Nel senso che lo *ius aedificandi* dovesse reputarsi non più intrinsecamente collegato al diritto di proprietà relativo al suolo, tra gli altri, A. PREDIERI, *La Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, op. ult. cit., p. 62; V. CERULLI-IRELLI, *Ius aedificandi*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, I, Milano, 1980, p.501; G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, p.163.

<sup>80</sup> L'art. 1, legge n. 10/1977 così espressamente disponeva: «*Ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la esecuzione delle opere e' subordinata a concessione da parte del sindaco, ai sensi della presente legge*»

<sup>81</sup> Nel senso di atto da emanarsi secondo i criteri della discrezionalità tecnica, in tal senso si veda il Cap. II, nota 194.

<sup>82</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 243.

le espropriazioni senza indennizzo o con indennizzo senza computo del valore della componente edificatoria.

Anche se la legge «Bucalossi» venne da subito interpretata nel senso di aver sancito il distacco dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà, venne, per contro, osservato<sup>83</sup> che, di fatto, la principale innovazione della legge, più che consistere nella definitiva affermazione dell'appartenenza pubblica del diritto ad edificare, si risolveva in un fatto puramente nominale.

Sulla posizione di coloro che ritenevano il diritto di edificare una facoltà del proprietario, si attestò la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 5/1980<sup>84</sup>, dichiarò illegittimo il sistema di determinazione degli indennizzi di esproprio previsto dalla Legge 22 ottobre 1971, n. 865 (c.d. *legge sulla casa*) e dalla Legge 28 gennaio 1977, n. 10, affermando che, nonostante la diversa denominazione usata dal legislatore, il diritto di edificare continuasse ad inerire alla proprietà. Ma tutto ciò sarà oggetto di trattazione specifica nel prossimo capitolo.

### **8 – La legislazione successiva fino al T.U. edilizia.**

Successivamente, fu emanata la Legge 5 agosto 1978, n. 457, relativa al cd. *piano decennale per l'edilizia*, che ebbe a sistemare organicamente i poteri delegati alle Regioni in tema di programmazione edilizia<sup>85</sup>. In base ai programmi decennali, venne pianificata l'erogazione dei finanziamenti

---

<sup>83</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 171.

<sup>84</sup> Per maggiori riferimenti si veda il Capitolo II.

<sup>85</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 61.

quadriennali che tenessero conto dei fabbisogni previsti in sede regionale<sup>86</sup>, stabilendo una ripartizione ed una pianificazione degli strumenti per l'edilizia agevolata, convenzionata e sovvenzionata, correlativamente stanziandosi contributi per l'acquisizione e l'urbanizzazione di aree residenziali<sup>87</sup>.

La legge effettuò una ridefinizione delle tipologie di intervento effettuabili sugli edifici<sup>88</sup>, operò uno snellimento dell'*iter* burocratico per

---

<sup>86</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 244.

<sup>87</sup> L'art. 1 della legge n. 457/1978 sanciva che: «A partire dall'anno 1978 e' attuato un piano decennale di edilizia residenziale riguardante:

- a) gli interventi di edilizia sovvenzionata diretti alla costruzione di abitazioni e al recupero del patrimonio edilizio degli enti pubblici;
- b) gli interventi di edilizia convenzionata e agevolata diretti alla costruzione di abitazioni e al recupero del patrimonio edilizio esistente;
- c) l'acquisizione e l'urbanizzazione di aree destinate agli insediamenti residenziali».

<sup>88</sup> Art. 31, legge n. 457/1978: «Gli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente sono così definiti:

- a) interventi di manutenzione ordinaria, quelli che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti;
- b) interventi di manutenzione straordinaria, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni di uso;
- c) interventi di restauro e di risanamento conservativo, quelli rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio;
- d) interventi di ristrutturazione edilizia, quelli rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, la eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti;
- e) interventi di ristrutturazione urbanistica, quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso mediante un insieme sistematico di interventi edilizi anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale».

il rilascio dei provvedimenti relativi agli interventi urbanistici minori e, soprattutto, introdusse l'istituto dell'autorizzazione tacita<sup>89</sup>.

L'autorizzazione edilizia costituiva uno strumento più agile rispetto alla concessione edilizia in quanto basata sulla disciplina del silenzio-assenso, da applicarsi agli interventi urbanistici di minor rilievo e senza aumento del carico urbanistico (quindi senza obbligo di contributi)<sup>90</sup>. L'introduzione di tale atto, il cui rilascio era gratuito e (ricorrendone i presupposti) tacito, comportava una disciplina speciale degli interventi di recupero, così come disciplinati dalla nuova normativa, da effettuarsi in ambito comunale all'interno dei neointrodotti «*piani di zona*» e «*piani di recupero*»<sup>91</sup>.

Per rimediare alla pronuncia di incostituzionalità dei criteri determinazione degli indennizzi, previsti dalla *legge sulla casa* e dalla legge «*Bucalossi*», venne emanata la Legge 29 luglio 1980, n. 385, la quale reintrodusse nuovamente i criteri dichiarati incostituzionali dalla sentenza n. 5/1980, con il correttivo che i valori determinati secondo quelle modalità si sarebbero dovuti considerare quali un *acconto* della determinazione globale dell'indennità, che sarebbe successivamente avvenuta per il tramite di una legge da emanarsi, nella quale sarebbero stati previsti i relativi conguagli.

---

<sup>89</sup> D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, op. ult. cit., p. 244.

<sup>90</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., pp. 895-896.

<sup>91</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 maggio 1999, n. 925, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 816: «*Il piano di recupero ha per oggetto la ridefinizione del tessuto urbano di un'area ed è caratterizzato dalla specialità dei fini del recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico degradato, ma esistente, per conservare e riutilizzare il patrimonio stesso*».

Sennonché, giustamente, anche tale modalità di calcolo (che richiamava la precedente della l. n. 865/1071) fu dichiarata costituzionalmente illegittima<sup>92</sup>.

Ulteriori temperamenti all'eccessiva burocrazia nell'attività edilizia vennero apportati dal D.l. 23 gennaio 1982, n. 9, c.d. *Decreto Nicolazzi*, convertito con modificazioni dalla L. 25 marzo 1982, n. 94, con il quale si esonerarono taluni Comuni dall'obbligo di dotarsi di programmi pluriennali di attuazione e, per la formazione degli stessi negli altri enti, si abolirono l'approvazione regionale e i pareri preventivi delle altre amministrazioni statali o sub regionali<sup>93</sup>. Inoltre si consentì il rilascio della concessione edilizia anche per le aree non comprese nei programmi pluriennali di attuazione in determinati casi tassativamente individuati<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Corte Costituzionale, 15 luglio 1983, n. 223, in *Giur. Cost.*, 1983, pp. 1331-1361, con nota di G. LOMBARDI: «non può essere trascurata o sottovalutata la testuale corrispondenza riscontrabile fra l'art. 16, quinto, sesto e settimo comma, della legge 22 ottobre 1971, n. 865 (nel testo modificato dall'art. 14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10), e l'art. 1, primo comma, della legge 29 luglio 1980, n. 385. Così disponendo, la legge n. 385 ha infatti restaurato gli stessi criteri di commisurazione dell'indennità di esproprio che questa Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi, mediante la sentenza n. 5 del 1980 [...], le decisioni di accoglimento hanno per destinatario il legislatore stesso, al quale è quindi precluso non solo il disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, "anche se indirettamente", esiti corrispondenti a quelli già ritenuti lesivi della Costituzione. La Corte, infatti, non ha mai affermato che l'indennizzo richiesto dal terzo comma dell'art. 42 Cost. sia necessariamente pari al "giusto prezzo che... avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita" (secondo il criterio fissato dall'art. 39 della legge n. 2359 del 1865); ma ha costantemente ripetuto (come si legge nella sentenza n. 5 del 1980) che basta allo scopo un ristoro serio e tale da non ledere il principio costituzionale di eguaglianza».

<sup>93</sup> Art. 6, commi 1 e 2, d.l. n. 6/1982, conv. con modif. nella l. n. 94/1982.

<sup>94</sup> Art. 6, comma 3, d.l. n. 6/1982, conv. con modif. nella l. n. 94/1982: «In assenza di programma pluriennale di attuazione o per aree in esso non comprese, le concessioni le autorizzazioni a costruire sono rilasciate quando si tratti di interventi:

- a) diretti al recupero del patrimonio edilizio esistente, di cui all'articolo 31, lettere b), c) e d) della legge 5 agosto 1978, n. 457;
- b) da realizzare su aree che siano dotate di opere di urbanizzazione primaria collegate funzionalmente con quelle comunali;
- c) da realizzare su aree comprese nei piani di zona od in piani di lottizzazione convenzionati».

La legislazione urbanistica successiva<sup>95</sup> si occupò prevalentemente di rimediare a tutte le incongruenze e patologie create dalle diverse normative susseguitesi negli anni precedenti, e, per lo più, di disciplinare la sanatoria dell'abusivismo edilizio<sup>96</sup>.

***9 – Il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia.***

In tempi recenti, il legislatore ha provveduto a riordinare interamante la normativa urbanistica vigente, con l'intento di eliminare le duplicazioni ed antinomie che nei precedenti interventi normativi si erano create, introducendo, al contempo alcune innovazioni, in una nuova legge-quadro, entro la quale collocare i futuri interventi a livello regionale e comunale. Con tali intenti viene emanato il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 recante il T.U. in materia urbanistica ed edilizia.

Frutto di un *iter* travagliato, in relazione al mutamento della maggioranza politica che aveva condotto all'approvazione del testo di legge, l'entrata in vigore di tale provvedimento fu più volte rinviata e, da ultimo, fissata alla data del 30 giugno 2003<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Si ricordano, a mero titolo esemplificativo, le importanti leggi n. 47/1985, sul primo condono edilizio, e la n. 724/1994, sul secondo condono nonché la l. n. 122/1989, cd. *legge Tognoli*, in materia di parcheggi pertinenziali in deroga agli strumenti urbanistici.

<sup>96</sup> Per una compiuta analisi in tema di condono edilizia ci si permette di rinviare a: AA.VV., *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella L. 28 febbraio 1985, n. 47*, a cura di R. GIANOLIO, Rimini, 1986, per il primo condono e, per il secondo, a G. PASCONE, *Nuova disciplina urbanistica e tutela dell'ambiente. La recente normativa sul condono edilizio*, in *Dir. giur. agr.*, 1994, p. 536.

<sup>97</sup> In un primo tempo con il d.l. 23 novembre 2001, n. 411, convertito con modificazioni nella legge 31 dicembre 2001, n. 463, ne venne prorogata di sei mesi l'entrata in vigore inizialmente prevista per il 1 gennaio 2002. Successivamente vi fu l'emanaione dell'ulteriore d.l. 20 giugno 2002, n. 122 con il quale l'entrata in vigore del T.U. è stata

Per quanto qui di interesse, il T.U.Ed., all'art. 3, opera una ridefinizione degli interventi edilizi, dando un'elencazione tassativa<sup>98</sup> delle tipologie di intervento sugli edifici esistenti<sup>99</sup> e disciplinando residualmente quelli che costituiscono un *novum* nell'assetto territoriale. La categoria più rilevante è quella degli interventi di nuova costruzione o di trasformazione urbanistica

---

ulteriormente rinviata alla data del 1 gennaio 2003, termine successivamente prorogato al 30 giugno 2003 per effetto della L. 27 dicembre 2002, n. 284. Per una completa disamina delle vicende che hanno portato all'entrata in vigore del T.U. edilizia si rinvia a D. MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti reali, op. ult. cit.*, pp. 254-255.

<sup>98</sup> «Ai fini del presente testo unico si intendono per:

- a) “interventi di manutenzione ordinaria”, gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti;
- b) “interventi di manutenzione straordinaria”, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni di uso;
- c) “interventi di restauro e di risanamento conservativo”, gli interventi edilizi rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio;
- d) “interventi di ristrutturazione edilizia”, gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato identico, quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche dei materiali, a quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica;
- e) “interventi di nuova costruzione”, quelli di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti. Sono comunque da considerarsi tali: [...]
- f) gli “interventi di ristrutturazione urbanistica”, quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi, anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale».

<sup>99</sup> Riprendendo ed ampliando l'elencazione dettata dalla legge n. 457/1978 per gli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente.

ed edilizia del territorio, previsti dall'art. 3, lett. e)<sup>100</sup> che vengono definiti in via residuale rispetto agli tipi di intervento.

Mancando una precisa disposizione in merito è sorto il problema di distinguere la trasformazione urbanistica ed edilizia che necessita del permesso di costruire e la trasformazione che, invece, richiede la più snella Denuncia di Inizio Attività<sup>101</sup>.

Il criterio certamente più importante è quello della mancanza di precarietà della trasformazione, in quanto, se è vero che tale criterio da solo non inquadra la fattispecie, è quello che deve essere sempre necessariamente presente ai fini della valutazione dell'opera<sup>102</sup>. Di fatti, l'art. 3, comma 1, lett e-5) qualifica come nuove costruzioni tutti quei

---

<sup>100</sup> Sono da considerarsi “*interventi di nuova costruzione*”, ai sensi dell'art. 3, lett. e), T.U.Ed., quelle trasformazioni edilizio-urbanistiche del territorio che non rientrano nelle categorie definite alle lettere precedenti al medesimo articolo. Inoltre la stessa lettera e) prevede che sono *comunque* da considerarsi interventi di nuova costruzione:

- «e.1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente, fermo restando, per gli interventi pertinenziali, quanto previsto alla lettera e.6);
- e.2) gli interventi di urbanizzazione primaria e secondaria realizzati da soggetti diversi dal comune;
- e.3) la realizzazione di infrastrutture e di impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo inedificato;
- e.4) l'installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione;
- e.5) l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee;
- e.6) gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualifichino come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale;
- e.7) la realizzazione di depositi di merci o di materiali, la realizzazione di impianti per attività produttive all'aperto ove comportino l'esecuzione di lavori cui consegua la trasformazione permanente del suolo inedificato».

<sup>101</sup> Soluzione di non poco conto se si considera che la giurisprudenza ritiene abusivi gli interventi edilizi, e integranti il reato di cui all'art. 44 del T.U.Ed., effettuati in forza di DIA quando, invece, era previsto il permesso di costruire, cfr. Cassazione Penale, Sez. III, 29 gennaio 2008, n. 11113, in *Cass. pen.*, 2009, 1, p. 338.

<sup>102</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 929.



manufatti, anche prefabbricati, che non siano destinati a soddisfare *esigenze meramente temporanee*<sup>103</sup>. La trasformazione urbanistica rilevante, quindi, si presenta solo nei casi in cui manchi nel manufatto quel carattere di transitorietà che deve essere dato dalla sua utilità temporanea, e, per contro, sono considerate irrilevanti sia la conformazione fisica del manufatto o i materiali<sup>104</sup> sia la sua eventuale infissione al suolo<sup>105</sup>.

Un'altra importante innovazione in campo edilizio apportata dal Testo Unico è l'introduzione di due nuovi provvedimenti abilitativi all'edificazione: il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività (DIA), i quali vanno a sostituire tutti i provvedimenti richiesti dalle precedenti normative, e la soppressione della figura dell'autorizzazione edilizia, che si era posta come titolo abilitativo intermedio.

Il *Permesso di Costruire* viene richiesto per gli interventi di trasformazione edilizia rilevante<sup>106</sup> e si caratterizza per essere un provvedimento formale, irrevocabile ed oneroso. Può essere richiesto solo

---

<sup>103</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 10 settembre 2007, n. 3150, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 9, p. 2881: «*Ai fini di stabilire se un determinato manufatto sia assoggettato a concessione edilizia deve aversi riguardo alla precarietà funzionale e non a quella strutturale, tanto da risultare rilevante non la più o meno facile amovibilità dal suolo ma la destinazione ad una utilizzazione perdurante nel tempo, da valutare alla luce della sua obiettiva ed intrinseca funzione naturale*».

<sup>104</sup> T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 27 febbraio 2007, n. 179, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2, p. 672: «*Il carattere precario del manufatto deve essere valutato non con riferimento al tipo di materiali utilizzati per la sua realizzazione, bensì avendo riguardo all'uso cui lo stesso è destinato; sicché, se le opere sono dirette al soddisfacimento di esigenze stabili e permanenti, non si è di fronte ad un'opera precaria, a prescindere dai materiali utilizzati, se, invece, queste sono funzionali a bisogni meramente occasionali o temporanei il manufatto può correttamente essere qualificato in termini di opera precaria*».

<sup>105</sup> T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 luglio 2007, n. 950, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 7-8, p. 2658: «*La necessità della concessione edilizia in relazione a strutture prefabbricate deve essere affermata allorquando tale installazione comporti un'alterazione non occasionale, ancorché precaria, dello stato dei luoghi, indipendentemente dalle tecniche di ancoraggio al terreno*».

<sup>106</sup> SALVIA F. – TERESI F., *Diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 220.

dal titolare del diritto di proprietà sull'area o da chi abbia titolo per richiederlo<sup>107</sup> e può circolare sia *inter vivos* che *mortis causa* insieme all'immobile per il quale è rilasciato. Inoltre, per espressa disposizione normativa, «*non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali relativi agli immobili realizzati per effetto del suo rilascio*» (art. 11, T.U.Ed.). Il controllo della PA per il rilascio è esercitato preventivamente ed è subordinato alla presenza in alternativa di uno dei seguenti requisiti<sup>108</sup>:

- 1) esistenza di opere di urbanizzazione primaria<sup>109</sup>;
- 2) previsione da parte del Comune dell'attuazione delle opere di urbanizzazione primaria nel triennio successivo:
- 3) impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime opere contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.

Infine, l'art. 10 T.U.Ed. individua nello specifico gli interventi che richiedono il permesso di costruire, e sono gli interventi di nuova costruzione, di cui s'è detto sopra; gli interventi di ristrutturazione urbanistica<sup>110</sup> ed alcuni interventi, espressamente indicati nella norma, di

---

<sup>107</sup> L'affittuario di fondi rustici può, ai sensi dell'art. 16 della legge 3 maggio 1982, n. 203 costruire sul fondo e pertanto richiedere il permesso di costruire.

<sup>108</sup> G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 966.

<sup>109</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2007, n. 6171, in *Foro amm. CDS*, 2007, 11, p. 3387: «È illegittimo il diniego di concessione edilizia fondato sulla carenza del piano attuativo prescritto dal piano regolatore qualora l'area interessata dal progetto risulti urbanizzata e l'amministrazione abbia omissis di valutare in modo rigoroso l'incidenza sulla situazione generale del comprensorio del nuovo insediamento, oggetto della richiesta, quando cioè non si sia adeguatamente tenuto conto dello stato di urbanizzazione già esistente nella zona delle futura insistenza dell'edificazione né siano state congruamente evidenziate le concrete, ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione».

<sup>110</sup> Per tale intendendosi quegli interventi su una pluralità di fabbricati esistenti in ampie zone di insediamento attuati mediante piani urbanistici: G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. ult. cit., p. 923.

ristrutturazione edilizia cd. pesante<sup>111</sup>, e cioè quelli volti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio diverso dal precedente<sup>112</sup>.

La *Denuncia di Inizio Attività* consiste in un procedimento, a carattere residuale<sup>113</sup>, che autorizza gli interventi edificatori soggetti a controllo ma senza preventiva autorizzazione della PA, consentendo l'edificazione all'esito dello spirare di un termine di almeno trenta giorni dalla presentazione della denuncia (art. 23, comma 1, T.U.Ed.)<sup>114</sup>. Nel testo originario del Testo Unico lo strumento riguardava soltanto alcuni interventi edilizi di tipo minore, ma la netta distinzione con il premesso di costruire è venuta meno con il D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301<sup>115</sup>, il quale

---

<sup>111</sup> Per la distinzione tra ristrutturazione edilizia e nuova costruzione cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 918, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3, p. 827: «Il concetto di ristrutturazione edilizia comprende anche la demolizione seguita dalla “fedele” ricostruzione del manufatto, ma tanto può ritenersi consentito alla precisa condizione che la riedificazione assicuri la piena conformità di sagoma, volume e superficie tra il vecchio e il nuovo manufatto. È possibile pervenire in tal modo ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, purché la diversità sia dovuta ad interventi comprendenti il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti, e non già la realizzazione di nuovi volumi o una diversa ubicazione. Ciò in quanto, diversamente opinando, sarebbe sufficiente la preesistenza di un edificio per definire ristrutturazione qualsiasi nuova realizzazione eseguita in luogo o sul luogo di quella preesistente».

<sup>112</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5273, in *Foro amm. CDS*, 2007, 10, p. 2808: «la ristrutturazione edilizia è invece un insieme sistematico di opere dirette a creare un organismo edilizio in tutto o in parte diverso. Un esempio tipico di ristrutturazione edilizia è quello diretto a trasformare una villa, mantenendo o meno l'aspetto architettonico esterno, in un edificio ad appartamenti».

<sup>113</sup> Art. 22, comma 1, T.U.Ed.: «Sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività gli interventi non riconducibili all'elenco di cui all'articolo 10 e all'articolo 6», e cioè, rispettivamente gli interventi subordinati al permesso di costruire e l'attività edilizia libera.

<sup>114</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, p. 1240: «La d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, ma rappresenta una semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo, sub specie dall'autorizzazione implicita di natura provvedimento, a seguito del decorso di un termine (30 giorni) della presentazione della denuncia».

<sup>115</sup> Tale decreto, per quel che concerne la DIA, ha interamente riformulato gli artt. 22 e 23 del T.U.Ed.

ha disposto che la DIA è utilizzabile, in alternativa rispetto al permesso di costruire<sup>116</sup>, nei casi di ristrutturazioni cd. pesanti, nuove edificazioni e ristrutturazioni urbanistiche (art. 22, comma 3, T.U.Ed.)<sup>117</sup>, ma in quanto tali assoggettati alla corresponsione degli oneri urbanistici in favore del Comune.

Da ultimo, occorre rammentare che l'art. 6 del T.U.Ed. prevede anche un'*attività edilizia libera*, esercitabile, cioè, senza alcun titolo abilitativo. Si tratta perlopiù di interventi di manutenzione ordinaria o di eliminazione delle eventuali barriere architettoniche presenti nell'edificio o in attività aventi carattere temporaneo o per la ricerca geognostica nel sottosuolo<sup>118</sup>. Tale ambito di attività libera è stata successivamente notevolmente incrementata, fino a comprendere anche gli interventi di manutenzione straordinaria, previa semplice comunicazione, anche per via telematica,

---

<sup>116</sup> L'art. 22, commi 4 e 5, prevede, altresì, che alle Regioni è concesso ampliare o ridurre i casi di alternatività tra i due provvedimenti, nonché «*individuare con legge gli altri interventi soggetti a denuncia di inizio attività, diversi da quelli di cui al comma 3, assoggettati al contributo di costruzione definendo criteri e parametri per la relativa determinazione*»

<sup>117</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, in *op. ult. cit.*, p. 1240: «*Il t.u. edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001) prevede, quali titoli abilitativi, il permesso di costruire e la d.i.a., ma stabilisce anche che il confine tra di loro non sia fisso, potendo le regioni ampliare o ridurre i rispettivi ambiti applicativi, ferme restando le sanzioni penali (art. 22 comma 4) ed è comunque fatta salva la facoltà dell'interessato di richiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi assoggettati a d.i.a. (art. 22 comma 7)*».

<sup>118</sup> Art. 6, comma 1, T.U.Ed. dispone che «*i seguenti interventi sono eseguiti senza alcun titolo abilitativo:*

- a) *gli interventi di manutenzione ordinaria;*
- b) *gli interventi volti all'eliminazione di barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio;*
- c) *le opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico, ad esclusione di attività di ricerca di idrocarburi, e che siano eseguite in aree esterne al centro edificato;*
- d) *i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari;*
- e) *le serre mobili stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola».*

dell'inizio dei lavori da parte dell'interessato all'amministrazione comunale<sup>119</sup>. Tuttavia, l'art. 6 del T.U.Ed. stabilisce che anche in tale ambito debbano, comunque, essere rispettate:

- le eventuali diverse prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali<sup>120</sup>;
- le altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, le norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, quelle relative all'efficienza energetica<sup>121</sup>;
- le disposizioni contenute nel Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, di cui al D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; nel caso di immobili soggetti a vincolo culturale e/o paesaggistico l'esecuzione dell'intervento edilizio, anche se non necessita del titolo edilizio abilitativo, dovrà essere autorizzato dall'autorità competente alla tutela del vincolo medesimo a sensi degli artt. 21 e segg. (vincolo culturale) e 146 e segg. (vincolo paesaggistico) del D.lgs. n. 42/2004.

---

<sup>119</sup> L'art. 5 del Decreto Legge 25 marzo 2010, n. 40 convertito con modificazioni nella Legge 22 maggio 2010, n. 73, ha interamente novellato l'art. 6 del T.U.Ed. ha ampliato le fattispecie di «attività edilizia libera» distinguendo peraltro tra attività «totalmente libere» ed attività soggette a preventiva «comunicazione di inizio lavori».

<sup>120</sup> Se tali strumenti comunali prescrivono eventuali diverse norme più restrittive in ordine ai presupposti ed ai titoli abilitativi per poter eseguire taluno degli interventi elencati nel medesimo articolo, dovranno trovare applicazione dette norme, che prevarranno, pertanto, sulla normativa statale.

<sup>121</sup> Si tratta per lo più di normative poste a tutela di interessi pubblici, che debbono trovare sempre e comunque applicazione, a prescindere dalla circostanza che per un determinato intervento edilizio sia o meno richiesto il titolo abilitativo.

### ***10 – I decreti legge n. 78/2010 e n. 70/2011.***

Il delineato scenario normativo ha però subito un rilevante mutamento ad opera di due importanti novelle legislative<sup>122</sup>:

- il Decreto Legge 31 maggio, n. 78, convertito, con modificazioni, nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, e
- il Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito, con modificazioni, dalla Legge 12 luglio 2011, n. 106.

Il d.l. n. 78/2010, con l'art. 49, comma 4-*bis*, ha, con un colpo di mano, abolito la DIA e l'ha sostituita con la *Segnalazione certificata di inizio di attività* (c.d. SCIA) in riferimento a tutte le ipotesi in cui, in base a tutte le disposizioni sia su scala nazionale che regionale, la denuncia stessa poteva essere utilizzata<sup>123</sup>.

La nuova segnalazione certificata cambia radicalmente rispetto al passato passando dal sistema del *silenzio-assenso* ad un sistema in cui «*l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente*» (art. 19, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo modificato dal d.l.)<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Entrambi i provvedimenti si caratterizzano, però, per il non essere dettati esclusivamente in materia urbanistica ed edilizia ma, come troppo spesso avviene, per il costituire un grande calderone dove il legislatore fa confluire discipline tra loro eterogenee. Di fatti il d.l. n. 78/2010 contiene le «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*» mentre il d.l. n. 70/2011 detta le «*Prime disposizioni urgenti per l'economia*» al fine di rispettare gli impegni assunti in ambito europeo.

<sup>123</sup> Si ricorda che l'innovazione del d.l. n. 78/2010 riguarda l'art. 19 della l. n.241/1990 sul procedimento amministrativo che si applica in ambiti anche al di fuori del campo meramente urbanistico.

<sup>124</sup> Il che non costituisce proprio una novità in materia edilizia in quanto il summenzionato art. 5 del d.l. 25 marzo 2010, n. 40 aveva già eliminato la necessità di presentare la DIA per i lavori di manutenzione straordinaria negli edifici esistenti. Inoltre, per completezza si ricorda che la SCIA «*è corredata [...] dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati [...]; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli*

L'amministrazione dispone di un termine di trenta giorni per contestare la regolarità della Segnalazione giungendo a fermare i lavori. Una volta che sia decorso il detto termine di trenta giorni, l'amministrazione può intervenire solo in presenza di gravi danni per il pubblico interesse.

Orbene per valutare bene l'incidenza della normativa del 2010 in materia edilizia, si deve partire dalla considerazione che la DIA, come originariamente prevista dagli artt. 22 e 23 del T.U.Ed., era stata modificata dal legislatore già nel 2002, con una normativa che ne ampliava significativamente il campo di applicazione. Più in particolare, l'art. 22 del T.U.Ed., come modificato dal D.Lgs. n. 301/2002, nei commi 3-5 prevede l'applicabilità della DIA anche ad interventi edilizi che nel testo originario del T.U.Ed. erano riservati al solo permesso di costruire<sup>125</sup>. Tale

---

*elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione».*

<sup>125</sup> L'art. 22 del T.U.Ed. così espressamente dispone: «1. Sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività gli interventi non riconducibili all'elenco di cui all'articolo 10 e all'articolo 6, che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente.

2. Sono, altresì, realizzabili mediante denuncia di inizio attività le varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non alterano la sagoma dell'edificio e non violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire. Ai fini dell'attività di vigilanza urbanistica ed edilizia, nonché ai fini del rilascio del certificato di agibilità, tali denunce di inizio attività costituiscono parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruzione dell'intervento principale e possono essere presentate prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori.

3. In alternativa al permesso di costruire, possono essere realizzati mediante denuncia di inizio attività:

- a) gli interventi di ristrutturazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c);
- b) gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni planovolumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti; qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della legge 21 dicembre 2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di

ampliamento ha creato un provvedimento “ibrido”, denominato dalla prassi *super-DIA*, che ha presupposti e caratteri che lo distinguono sia dal premesso di costruire sia dalla vera e propria DIA, prevista nei primi due commi del medesimo art. 22.

Il problema nasce dal fatto che la l. n. 122/2010 non ha abrogato le succitate norme del T.U.Ed. così determinando una “sovrapposizione” della disciplina dettata in via generale per la SCIA (art. 19, l. 241/1990, nel testo modificato) rispetto alla disciplina specifica dettata con riguardo alla DIA (non solo i suddetti artt. 22 e 23 del T.U. D.P.R. 380/2001 ma anche le eventuali disposizioni dettate dalle varie leggi regionali che hanno previsto ulteriori casi di alternatività tra la medesima ed il permesso di costruire).

La soluzione è arrivata di recente in quanto la sostituzione della DIA con la SCIA in materia edilizia è stata espressamente confermata dal d.l. n.

---

*costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche sopra menzionate;*

*c) gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche.*

*4. Le regioni a statuto ordinario con legge possono ampliare o ridurre l'ambito applicativo delle disposizioni di cui ai commi precedenti. Restano, comunque, ferme le sanzioni penali previste all'articolo 44.*

*5. Gli interventi di cui al comma 3 sono soggetti al contributo di costruzione ai sensi dell'articolo 16. Le regioni possono individuare con legge gli altri interventi soggetti a denuncia di inizio attività, diversi da quelli di cui al comma 3, assoggettati al contributo di costruzione definendo criteri e parametri per la relativa determinazione.*

*6. La realizzazione degli interventi di cui ai commi 1, 2 e 3 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistica-ambientale, e' subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle relative previsioni normative. Nell'ambito delle norme di tutela rientrano, in particolare, le disposizioni di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490.*

*7. E' comunque salva la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi di cui ai commi 1 e 2, senza obbligo del pagamento del contributo di costruzione di cui all'articolo 16, salvo quanto previsto dal secondo periodo del comma 5. In questo caso la violazione della disciplina urbanistico-edilizia non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 44 ed e' soggetta all'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 37».*



70/2011<sup>126</sup>. In conclusione, si può affermare che attualmente il sistema dei provvedimenti abilitativi si compone oltreché del permesso di costruire (artt. 10 e ss. T.U.Ed.) e della SCIA (artt. 22, commi 1,2,6 e 7, e 23 T.U.Ed.), anche della stessa DIA (o meglio quella figura conosciuta nella prassi come “*super-DIA*”, artt. 22, commi 3-6, e 23 T.U.Ed.) la quale continua ad avere un margine di applicazione proprio la nei casi in cui, in base alla normativa statale o regionale, sia stata prevista come alternativa o sostitutiva al permesso di costruire.

In conclusione, bisogna menzionare la modifica della disciplina del permesso di costruire effettuata dall'art. 5, comma 2, n. 3) del d.l. n. 70/2011, il quale ha sostituito interamente il procedimento per il rilascio del permesso (previsto dall'art. 20 del T.U.Ed.). Il novellato art. 20 T.U.Ed. stabilisce la regola del *silenzio-assenso* per la concessione del permesso, prevedendo dei termini variamente articolati per ogni fase del procedimento, spirati i quali il provvedimento si intende concesso, salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> La SCIA sostituisce ogni autorizzazione il cui rilascio dipenda esclusivamente da accertamento di requisiti di natura tecnica. Inoltre, può trovare applicazione anche in presenza di vincoli ambientali, paesaggistici o culturali ma in tali casi l'operatività è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle relative previsioni normative.

<sup>127</sup> Art. 20, comma 8, T.U.Ed., nel testo novellato nel 2011: «*Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui ai commi 9 e 10*».

## Capitolo II

### LA PROPRIETÀ E IL C.D. *IUS AEDIFICANDI*

#### Sezione I – La Proprietà Edilizia

##### *1 – La proprietà nel codice civile.*

La proprietà<sup>128</sup>, secondo la definizione contenuta nell'art. 832 c.c., consiste nel diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. Tale disposizione, però, limitandosi a descrivere le facoltà spettanti al proprietario, costituisce solo una sintesi approssimativa di una più articolata e complessa disciplina che ad oggi comprende diverse branche del diritto<sup>129</sup>.

La nozione di proprietà è presente in moltissimi ordinamenti giuridici ma è stata sempre pensata come una nozione che dovesse costituire uno specchio molto ravvicinato della realtà sociale che rifletteva<sup>130</sup>. Ciò si

---

<sup>128</sup> Vastissima è la letteratura in materia di proprietà, ed è pressoché impossibile citare tutte le opere, a titolo esemplificativo si menzionano: L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951; C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999; G. BRANCA, *Commentario del Codice civile. Libro III, Della proprietà: Artt. 810-956*, Bologna, 1960; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. VIII, tomo 2, Milano, 1995; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, ed. II, Milano, 1976; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; P. RESCIGNO, voce *Proprietà*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988; S. RODOTÀ, voce *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967.

<sup>129</sup> Il diritto di proprietà viene riconosciuto e garantito dall'art. 42 Cost. il quale si pone come norma programmatica e di direttiva politica per il legislatore il quale deve assicurare che il diritto dominicale sia volta anche ad una funzione sociale. P. BELLONI PERESUTTI, sub. art. 832, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, ed X, Padova, 2011, p. 835.

<sup>130</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 85.

riflette nell'elaborazione dogmatica che ne è stata data nel nostro e in altri ordinamenti in quanto la proprietà viene definita come la situazione di appartenenza privata più estesa che l'ordinamento giuridico possa riconoscere garantendo, quindi, al titolare di essa ampi poteri e facoltà<sup>131</sup>.

Superate le concezioni dogmatiche del XIX secolo le quali sancivano la «inviolabilità»<sup>132</sup> o la «sacralità»<sup>133</sup> della proprietà, oggi tale diritto viene comunemente definito come diritto assoluto o fondamentale. Tale ultima definizione non deve essere intesa in senso stretto bensì quale “pilastro normativo” sia ai fini della creazione di un certo ordine politico e sociale sia ai fini della costruzione giuridica delle situazioni di appartenenza. Tali accezioni, benché sovrapposte nella letteratura giuridica, si pongono su distinti piani ricostruttivi che possono portare anche a soluzioni divergenti<sup>134</sup>.

Nella Costituzione italiana la proprietà non viene menzionata tra i diritti fondamentali della persona ma, più semplicemente, tra i rapporti economici: l'articolo 42 Cost. riconosce e garantisce la proprietà privata, demandando alla legge la determinazione dei modi di acquisto e di godimento ma altresì i limiti al fine di assicurarne la funzione sociale.

Tutta la letteratura giuridica in argomento ha unanimemente riconosciuto l'ambiguità della disposizione normativa *de qua*, ponendo l'accento sull'equivocità del binomio garanzia del privato e funzione

---

<sup>131</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *op. ult. cit.*, p. 86.

<sup>132</sup> Art. 29, Statuto Albertino: «*Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili*».

<sup>133</sup> Art.17, Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino: «*La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato [...]*».

<sup>134</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *op. ult. cit.*, pp. 86-87.

sociale<sup>135</sup>. I due concetti si pongono, ad una prima analisi, ad estremi opposti: il diritto soggettivo, come potere di agire per soddisfare interessi individuali e il dovere di tutelare interessi altrui<sup>136</sup>.

Tenendo bene a mente che la definizione di «*funzione sociale*» è essenzialmente politica e non giuridica, si può conciliare l'apparente antinomia mettendo in relazione la norma con le altre disposizioni costituzionali.

Dal punto di vista strettamente patrimoniale, bisogna partire dalla considerazione che già al tempo di redazione della Costituzione il ruolo della proprietà era cambiato: perde la connotazione ottocentesca di diritto inviolabile a causa della sua ridotta rilevanza economica rispetto all'attività di impresa e alla connessa libertà di iniziativa economica ed al lavoro. Infatti l'articolo 42 è inserito nel Titolo III della Costituzione, cioè quello che riguarda i «*Rapporti Economici*», il quale inizia con l'articolo 35 che afferma che il lavoro è tutelato «*in tutte le sue forme ed applicazioni*». Corollario di questo importante principio è il successivo articolo 36 che afferma il diritto del lavoratore ad una «*retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare [...] un'esistenza libera e dignitosa*». Quindi, secondo l'impostazione data dal Costituente, l'unica situazione giuridica soggettiva fondamentale, cioè che prescinde da qualsiasi ragione estrinseca che la giustifichi, è il diritto

---

<sup>135</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *op. ult. cit.*, p. 91; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, Torino, 2005, p. 251.

<sup>136</sup> M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, ed. V, Torino, 2008, p. 140.

del lavoratore a percepire una retribuzione secondo i canoni dettati della Carta Costituzionale<sup>137</sup>.

La proprietà privata, invece, necessita di una giustificazione estrinseca sia per la sua attribuzione ai privati sia per il suo esercizio e, pertanto, ogni statuizione sui modi d'acquisto e di godimento e sui relativi limiti deve essere orientata al perseguimento della funzione sociale ad essa attribuita. Il «riconoscimento» e la «garanzia» sanciti dall'articolo 42 Cost. servono proprio ad assicurare tale funzione, di modo che la disciplina della proprietà venga interpretata e applicata al fine di assicurare le esigenze, gli interessi e i bisogni meritevoli di tutela dei soggetti, diversi dal proprietario, che sono o che possono entrare in rapporto con lui<sup>138</sup>.

Per comprendere meglio la scelta fatta nella Carta Costituzionale, è necessario spostare, ampliandolo, lo sguardo alla Carta nel suo complesso dalla quale si evince che l'uomo diventa il «fine» dell'organizzazione sociale. Diventa quindi preminente il «bene complessivo» della collettività e gli interessi economici degradano di fronte al preminente valore della «solidarietà» la quale permea le altre norme costituzionali: la libertà economica «*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*» e l'attività economica privata deve «*essere indirizzata e coordinata a fini sociali*» (art. 41 Cost.). In definitiva la libertà economica e la proprietà sono garantiti solo in quanto strumenti a servizio dell'uomo<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà, La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 253.

<sup>138</sup> M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà, La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 253.

<sup>139</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *op. ult. cit.*, p. 104.

## ***2 – Gli elementi fondamentali del diritto di proprietà.***

L'articolo 832 c.c. non contiene una nozione del diritto di proprietà ma ne enuncia il relativo contenuto tramite l'elencazione delle facoltà spettanti al proprietario: «*godere e disporre delle cose*». Tali diritti, per quanto riconosciuti e garantiti al proprietario «*in modo pieno ed esclusivo*», devono essere esercitati nei limiti e con l'osservanza degli obblighi sanciti dall'ordinamento giuridico.

Il diritto di disporre si può intendere sia come diritto di alienare il bene sia come diritto di modificare l'organizzazione produttiva del bene<sup>140</sup> così costituendo il profilo più intenso del diritto di godere, che di norma consente di trarre dalla cosa tutte le utilità che la stessa è in grado di fornire<sup>141</sup>.

Il carattere della pienezza traduce l'assolutezza del dominio sulla cosa in linea di principio: il proprietario può fare tutto ciò che vuole del bene, purché non espressamente vietato. In ciò si coglie uno dei tradizionali caratteri peculiari del diritto dominicale, presente anche in diritto romano, ed uno dei tratti distintivi più pregnanti rispetto agli altri diritti reali su cosa altrui, qualificati appunto come «limitati»<sup>142</sup>.

Il carattere dell'esclusività comporta il potere del *dominus* di escludere chiunque dal godimento e dalla disposizione del bene e, correlativamente, fa sorgere in capo ai consociati il dovere di astenersi dal porre in essere

---

<sup>140</sup> M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà, La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 256.

<sup>141</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *op. ult. cit.*, p. 100.

<sup>142</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, ed. XVIII, Milano, 2007, p. 248.

qualsivoglia attività che si ingerisca nella sfera giuridica del titolare del diritto<sup>143</sup> (tradizionalmente definito quale *ius excludendi alios*).

La norma, inoltre, effettua un richiamo ai limiti e agli obblighi posti dall'ordinamento giuridico mettendo in evidenza, sin dalla descrizione dei caratteri generali del diritto, che i caratteri di pienezza e esclusività debbono essere intesi in senso relativo. Difatti, con l'epoca delle codificazioni si supera l'insegnamento<sup>144</sup> che vedeva nel diritto di proprietà lo *ius utendi et abutendi*, essendo soggetto a vincoli esterni che ne permeano, a seconda dei casi, la reale struttura.

Limiti e obblighi, com'è stato autorevolmente sostenuto<sup>145</sup>, non costituiscono vere e proprie eccezioni ad un diritto di proprietà che nasce illimitato, ma completano la previsione legislativa di un diritto che nel nostro ordinamento nasce già strutturalmente "limitato". Limiti e obblighi diventano, quindi, elementi caratterizzanti il diritto di proprietà, qualificandolo in seno all'ordinamento: i primi circoscrivendone l'estensione e i secondi aggiungendosi al diritto medesimo<sup>146</sup>.

Ciò è confermato dalla stessa struttura del codice civile il quale, dopo le disposizioni sulla proprietà in generale (invero improntate ad una soggezione dell'interesse privato all'interesse pubblico, artt. 834-838 c.c.), detta una disciplina differenziata in relazione alle diverse categorie di

---

<sup>143</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *op. ult. cit.*, pp. 97-98.

<sup>144</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 149, nota 5.

Il diritto romano, invece, conosceva limiti sia pubblici che privati alla proprietà, quali l'espropriazione per pubblica utilità, il passaggio coattivo, l'*iter ad sepulchrum*); in tal senso si veda C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, ed. V, Catania, 1964, pp. 177-182.

<sup>145</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, *op. ult. cit.*, p. 251.

<sup>146</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 187.

beni<sup>147</sup> ivi previste, ciascuna con le proprie estensioni ed elementi caratterizzanti, ma tutte riconducibili all'istituto proprietà. Deve quindi superarsi una nozione di proprietà come stretta «appartenenza» della cosa al proprietario in quanto una simile definizione del diritto *de qua* porterebbe alla conclusione che questo abbia in sé tutti gli attributi necessari per individuare il fenomeno, di guisa che la disciplina stabilita dalle leggi vigenti ponga soltanto limiti alle facoltà del proprietario<sup>148</sup>.

L'idea della proprietà come appartenenza non può, inoltre, essere condivisa alla luce della disciplina vigente; numerose sono le norme sia di diritto civile, sia di diritto amministrativo e più in generale pubblico che delineano, ciascuna nei rispettivi campi di applicazione, l'esatta portata delle facoltà del proprietario. A costui, invero, appartiene un diritto di cui devono essere individuati i contenuti e non un bene, che è piuttosto la cosa – intesa come parte separata della materia circostante – che può formare oggetto di quel diritto<sup>149</sup>.

Semmai, a voler salvare dalle critiche la ricostruzione dei caratteri dell'assolutezza e della esclusività, quali evocanti il concetto del «mio» (inteso come stretta appartenenza della cosa al proprietario), la si può recuperare solo in un'accezione minore e limitata ai soli beni di uso strettamente personale<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Ad esempio si vedano: art. 839 c.c. sui beni di interesse storico-artistico ed il relativo richiamo alla legislazione di settore; artt. 840 e ss. c.c. sulla proprietà fondiaria; artt. 869 e ss. c.c. in tema di proprietà edilizia.

<sup>148</sup> M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà, La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 256.

<sup>149</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ed. IX, Napoli, 2002, pp. 55-56.

<sup>150</sup> A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato, op. ult. cit.*, p. 249.



### **3 – Unitarietà del diritto di proprietà.**

L'attenzione deve, ora, essere spostata su un aspetto dell'inciso «*limiti e obblighi posti dall'ordinamento giuridico*» che ha suscitato notevoli dibattiti in seno alla letteratura giuridica poiché ha portato una parte della dottrina a rileggere in chiave critica l'istituto dominicale.

I limiti e gli obblighi, specie in tempi recenti, sono andati moltiplicandosi nella legislazione, soprattutto extracodicistica, rendendo estremamente variabile (o relativo) il contenuto del diritto in questione. Difatti, ogni singola categoria di beni riceve, ancor più oggi, una particolare disciplina che la distingue dalle altre, sicché si è dubitato che si possa ricostruire l'istituto *de qua* in maniera unitaria; non vi sarebbe, in altri termini, un unico istituto ma tanti quanti sono gli «*statuti*» delle singole categorie di beni.

Tale prospettiva muove da una corretta premessa metodologica, cioè che i concetti giuridici non devono perdere il contatto con la realtà e appare tanto più convincente se si considera che l'art. 832 c.c. riconosce al «*proprietario*» il diritto di godere e disporre, così innovando rispetto al previgente codice del 1865<sup>151</sup> che menzionava «*la proprietà*». La nuova norma effettua cioè un passaggio da una formulazione oggettiva ad una soggettiva<sup>152</sup> manifestando un diverso modo di intendere il diritto che varia nel regime di appartenenza ed anche nel regime di disponibilità e di uso in

---

<sup>151</sup> Art. 436, Codice Civile del Regno d'Italia: «*La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti.*»

<sup>152</sup> U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 433.

relazione alle diverse categorie di beni; in altri termini al proprietario spettano i diritti di godimento e disposizione, pieni ed esclusivi, ma variabili a seconda che ricadano su una tipologia di bene o su un'altra: situazioni di appartenenza che differiscono a seconda dell'oggetto su cui insistono.

Inoltre, i sempre più penetranti controlli e le limitazioni amministrative (es.: il Codice dei Beni culturali<sup>153</sup>; il Testo unico in materia edilizia<sup>154</sup>) hanno portato parte di quella dottrina, che ritiene necessaria una revisione del concetto tradizionale di proprietà quale istituto unitario, all'affermazione che la posizione del proprietario non costituisca un diritto soggettivo, attribuendogli piuttosto una «funzione» di protezione dell'interesse collettivo<sup>155</sup>.

La constatazione che i beni di interesse individuale (es.: un appartamento o un terreno) facciano parte integrante, da un punto di vista fisico, di beni di interesse collettivo (es.: ambiente) soggetti ad una forte tutela pubblicistica, comporta che, essendo tale tutela prevalente rispetto all'interesse dei singoli, il bene privato, inteso quale parte dell'insieme, venga assorbito dal bene pubblico.

---

<sup>153</sup> Il D.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, agli artt. 56 e ss., prevede l'autorizzazione ministeriale per l'alienazione di beni culturali in proprietà di privati, una denuncia in caso di trasferimento nonché la prelazione legale a favore del Ministero per l'acquisto della titolarità del bene medesimo.

<sup>154</sup> Il D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, il cui art. 6, fa salve numerose prescrizioni normative limitative dell'edilizia libera, riducendola, di fatto, a circoscritte ipotesi di scarsa rilevanza pratica. Bisogna, però, menzionare una recente tendenza del legislatore a liberalizzare quanto più possibile l'attività edilizia.

<sup>155</sup> M. BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia, Prospettive e problemi*, Bologna, 1982, p. 29.

Altrettanto autorevolmente sostenuta peraltro è la tesi<sup>156</sup> che, per contro, cerca di recuperare una nozione unitaria della proprietà, quale disciplina generale la cui applicazione si impone ogniqualvolta non vi sia una specifica, diversa normativa di settore. Infatti, l'unitarietà del diritto dominicale rappresenta una precisa scelta fatta dal legislatore<sup>157</sup>, accompagnata da un concreto riscontro normativo, volta ad eliminare le antiche forme concorrenti di dominio sui beni, sì che il diritto di proprietà appare, come già nella realtà socio-economica, come unitario. Le differenti regole applicabili in ragione della diversa natura o destinazione dei beni non possono cancellare l'identità del diritto poiché le distinzioni normative non danno luogo ad autonome figure giuridiche, o molteplici nozioni di proprietà, ma costituiscono specificazioni dell'unico istituto dominicale<sup>158</sup>. Tali regole «*adattano all'oggetto il medesimo rapporto giuridico di appartenenza*»<sup>159</sup>.

Quindi le «differenti proprietà» non ricevono i «differenti statuti» dalla natura del loro oggetto ma dal diverso regime normativo che disciplina l'oggetto medesimo<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, pp. 166-167.

<sup>157</sup> Tale scelta è presente in tutti gli ordinamenti continentali influenzati dai principi della Rivoluzione francese, in tal senso si veda U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 452.

<sup>158</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 166.

<sup>159</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 166.

<sup>160</sup> U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 434.

#### **4 – Limiti alla proprietà fondiaria: lo sfruttamento verticale.**

Alla proprietà fondiaria, quale sottospecie della «proprietà», si applicano i limiti e obblighi richiamati dall'art. 832 c.c. i quali, come sopra detto, circoscrivono l'estensione del diritto e/o si aggiungono ad esso. I limiti, inoltre possono essere sia di natura pubblica<sup>161</sup> sia di natura privata<sup>162</sup>, a seconda che siano posti a tutela di interessi generali o particolari, ed incidono sulle facoltà di godimento o di disposizione<sup>163</sup> del bene. In ogni caso, anche gli obblighi legali costituiscono dei "limiti", in quanto incidono sulle medesime facoltà di godimento o di disposizione<sup>164</sup>.

Quanto ai limiti specifici della proprietà fondiaria, il codice, all'art. 840 c.c., fissa quelli che sono i «*limiti verticali*» del diritto enunciando il principio per il quale la proprietà del suolo si estende tutto quanto sia compreso nel sottosuolo. È pacifico che la disposizione si applichi anche per la colonna d'aria soprastante (il soprasuolo) se non altro perché il comma 2 del medesimo art. 840 dispone che il diritto dominicale incontra, sia verso il basso che verso l'alto, il medesimo limite e cioè l'interesse concreto e apprezzabile dello stesso proprietario<sup>165</sup>. Più in particolare, recita il suddetto comma che a costui è fatto divieto di fare escavazioni od opere

---

<sup>161</sup> Tra i limiti pubblicistici alla facoltà di godere si può menzionare la servitù pubblica ( ad es. *non aedificandi*) o la requisizione (art. 835 c.c.) mentre tra quelli alla facoltà di disporre si possono ricordare i vincoli sulle alienazioni di beni di interesse storico-artistico (si veda la superiore nota 153).

<sup>162</sup> Tra i limiti privatistici alla facoltà di godere vi è il divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.) o la disciplina delle immissioni (art. 844 c.c.), tra quelli alla facoltà di disporre (in senso lato) vi rientrano le norme sulla prelazione legale (ad es. art. 732 c.c.) o le norme che consentono al proprietario del fondo dominante di eseguire opere sul fondo servente (art. 1064 c.c.).

<sup>163</sup> P. BELLONI PERESUTTI, sub. art. 832, in *op. ult. cit.*, p. 835.

<sup>164</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 188-189.

<sup>165</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, *op. ult. cit.*, p. 121.

tali da recar danno al vicino<sup>166</sup> e di opporsi ad attività di terzi che si svolgano ad una profondità tale nel sottosuolo o ad un'altezza tale nello spazio sovrastante che egli non abbia interesse ad escluderle<sup>167</sup>. L'interesse del proprietario viene preso in considerazione dalla norma quale criterio per valutare la legittimità dell'eventuale opposizione del proprietario all'attività altrui. Quindi, la tradizionale concezione dell'estensione del diritto proprietà sugli immobili, espressa dal noto brocardo «*usque ad sidera, usque ad inferos*», viene relativizzata agli interessi del proprietario del bene stesso, sicché non possono essere impedito attività che, pur svolgendosi teoricamente nella sfera della proprietà dell'immobile (classico es. il passaggio di un aereo sopra un fondo), tuttavia non confliggono con la possibilità di godimento da parte del titolare. I limiti verticali del diritto dominicale vengono oggi pacificamente individuati nelle concrete possibilità di sfruttamento economico da parte del titolare, secondo un criterio di normalità<sup>168</sup>.

### ***5 – La proprietà edilizia.***

Com'è noto la proprietà edilizia rinviene nel Codice civile una disciplina scarsa, di mera “cornice generale” rispetto a quanto disposto in numerose leggi speciali. Pertanto la nozione stessa di proprietà edilizia non trova dal Codice civile una compiuta definizione, che dipende piuttosto

---

<sup>166</sup> Costituendo questo un limite privatistico alla facoltà di godimento (art. 840, comma 1, c.c.).

<sup>167</sup> L'art. 840, comma 2, c.c. costituisce, invece, un limite pubblicistico alla facoltà di godimento.

<sup>168</sup> P. BELLONI PERESUTTI, sub. *art. 840*, in *op. ult. cit.*, p. 850.

dall'assetto complessivo della disciplina derivante dalla congiunta applicazione delle norme codicistiche ed extracodicistiche<sup>169</sup>. In particolare i rinvii del codice indirizzano univocamente verso la disciplina della pianificazione pubblica dell'uso del territorio<sup>170</sup>, menzionandone gli strumenti allora in uso: piani regolatori, comparti, regolamenti edilizi<sup>171</sup>. A ciò si aggiunga che la stessa riflessione dottrinale in tema di proprietà edilizia sta sviluppando solo negli ultimi anni tentativi di sintesi complessiva della materia; opera, di non agevole portata a causa dell'altalenante attività del legislatore che è passata da una normativa fortemente limitativa ad una più liberale in ambito edilizio<sup>172</sup>.

Si deve registrare, inoltre, il consolidarsi di una corrente pubblicistica in materia di proprietà edilizia, orientata a dar corpo a tale tipo di proprietà essenzialmente in direzione della disciplina urbanistica dei suoli edificabili: tale prospettiva risulta a sua volta diversificata da quella del diritto urbanistico vero e proprio sia perché muta il quadro di riferimento (qui costituito dalla proprietà privata, lì dal piano urbanistico) sia perché l'indagine viene depurata dei temi collegati ai procedimenti amministrativi (relativi alla formazione dei piani o all'ottenimento della concessione edilizia)<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, Torino, 2005, p. 529.

<sup>170</sup> In tal senso si esprime il legislatore nel D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 all'art. 34, comma 2, quando sancisce che la materia urbanistica «concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio»

<sup>171</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 530.

<sup>172</sup> A. DI MAIO – L. FRANCIOSI, voce *Proprietà edilizia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 338.

<sup>173</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 529.

L'esatta delimitazione dei confini della materia è perciò alquanto complessa, a causa delle sovrapposizioni fra le nozioni di proprietà edilizia e di proprietà urbana e immobiliare<sup>174</sup>.

All'origine di tali ambiguità è senz'altro la collocazione sistematica che il codice civile assicura alla proprietà edilizia: questa viene individuata non solo quale specie di proprietà fondiaria destinata all'utilizzazione edificatoria, ma anche quale proprietà dell'edificio. Sicché volendo distinguere i due “tipi” di proprietà, si evince che la disciplina della proprietà edilizia «*si occupa specificamente degli aspetti esecutivi dell'attività edilizia*»<sup>175</sup> al fine di prevedere una corretta attività edificatoria dei suoli, mentre le norme sulla proprietà immobiliare attengono, in via residuale, alla disciplina della fruizione degli immobili, non “agricoli”, destinati ad una utilizzazione “abitativa”, residenziale o industriale<sup>176</sup>.

È necessario, inoltre, effettuare un'altra importante distinzione tra la materia urbanistica e la materia edilizia. Queste, infatti, appaiono quasi sovrapposte nel linguaggio del legislatore, in ragione del fatto che il Codice civile sembra far propria una vecchia concezione della disciplina urbanistica, intesa, in forma molto riduttiva, quale disciplina regolatrice

---

<sup>174</sup> T. GALLETTO, voce *Proprietà immobiliare urbana*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 470.

<sup>175</sup> F. CARINGELLA – L. DELPINO – F. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2002, p. 665.

<sup>176</sup> È pur vero che, per quanto distinte, le due materie sono fra loro strettamente legate e per tale motivo una disciplina in materia di «*diritto alla casa*» non può prescindere dalla disciplina delle attività edificatorie residenziali. In questi termini e di «*diritto alla casa*», espressamente, L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile, 2, Diritti reali*, Torino, 1988, pp. 91-93.

dello *ius aedificandi*, e con particolare riferimento ai soli centri abitati<sup>177</sup>; mentre l'accezione più moderna della materia urbanistica riguarda la disciplina pubblica attinente alla pianificazione dell'uso del territorio di cui costituisce l'oggetto privilegiato, ma non l'unico<sup>178</sup>.

Sotto un profilo formale, la disciplina urbanistica concerne ormai ogni rilevante trasformazione del territorio e non solo la costruzione di edifici<sup>179</sup>. Ma se fosse solo questa la differenza si tratterebbe di un mero problema nominalistico, posto che le trasformazioni rilevanti del territorio comportano sempre l'erezione di manufatti, sicché non ci si troverebbe distanti dalla materia edilizia. Piuttosto si deve rilevare che rispetto all'attività edificatoria in senso stretto sussiste un momento di controllo della conformità di quanto progettato o realizzato rispetto alle prescrizioni del piano regolatore, così venendosi a creare un sistema di controllo accanto alla conformazione della proprietà. Tale controllo, a ben vedere, non concerne il risultato dell'attività edificatoria in quanto tale (e quindi l'edificio) ma la conformità dell'edificio e del relativo progetto rispetto alle prescrizioni vigenti in quel dato momento storico.

Si deve registrare, dunque, la difficoltà a ricomprendere in un medesimo «tipo» sia la proprietà fondiaria destinata all'edificazione, di cui s'è detto sopra, sia la proprietà dell'edificio stesso. Difatti, bisogna tenere

---

<sup>177</sup> In contrapposizione alla proprietà agricola, riproducendo la tradizionale distinzione tra città e campagna, in tal senso A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 139.

<sup>178</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, Torino, 2005, pp. 529-530;

<sup>179</sup> A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, p. 3.



bene a mente che la stessa proprietà dell'edificio, o di parti di esso, rappresenta categoria tutt'altro che omogenea<sup>180</sup>, potendosi annoverare al suo interno, ad esempio, stabilimenti industriali, esercizi commerciali, uffici, case d'abitazione: ciò vale, peraltro, a giustificare per un verso la disciplina, alquanto scarna, che offre il codice civile in ordine alla definizione dei poteri e facoltà del proprietario; per altro verso, invece, la minuziosa attenzione prestata ai rapporti interpropriari<sup>181</sup>.

Certo è che, fra le diverse forme di utilizzazione dell'edificio, quella che ha acquistato maggiore importanza sociale è senz'altro l'utilizzazione a scopo abitativo ma le tensioni sociali che stanno alla base dell'esigenza di soddisfare un bisogno primario quale quello abitativo, rischiano di limitare il ben più ampio spessore della materia della proprietà edilizia, per un verso, riducendo lo studio della stessa alla mera proprietà dell'edificato e, per altro verso, tralasciando l'analisi della pluralità di destinazioni che si rendono possibili per i manufatti edilizi<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> A. DI MAIO – L. FRANCARIO, voce *Proprietà edilizia*, in *op. ult. cit.*, p 339.

<sup>181</sup> ad esempio: tra proprietà edilizie e fondo vicino: art. 873 ss. c.c..

<sup>182</sup> A. DI MAIO – L. FRANCARIO, voce *Proprietà edilizia*, in *op. ult. cit.*, p 339.

## Sezione II – Il c.d. *Ius aedificandi*.

### 6 – *Nozione*.

Le facoltà di costruire o modificare edifici, elevare o livellare il suolo, concesse ai privati, vengono comunemente accumulate sotto il nome di *ius aedificandi*. In tutti i sistemi politici moderni, però, si è avvertita l'esigenza di razionalizzare tale attività sottoponendola a controlli pubblici, onde meglio realizzare una efficiente utilizzazione dei suoli per il perseguimento di fini superindividuali<sup>183</sup>. Tale esigenza è stata assecondata nel tempo attraverso l'emanazione delle norme in materia urbanistica (da intendere nella accezione più moderna datale dalla dottrina<sup>184</sup>).

Si creano infatti problemi di coordinamento tra gli interessi privati e l'interesse pubblico, in quanto, da un lato, l'attività edificatoria è il più importante ma, certamente, non il solo comportamento disciplinato dalla normativa urbanistica e dall'altro questa non è l'unica fonte normativa del diritto di edificare<sup>185</sup>.

Dal punto di vista economico, inoltre, l'attività edificatoria costituisce la forma di utilizzazione del suolo più redditizia, e per tale motivo, com'è agevole intuire, i summenzionati problemi di composizione dei diversi interessi divengono più complessi ed articolati<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 189.

<sup>184</sup> E, cioè, la disciplina pubblica attinente la pianificazione dell'uso del territorio e dell'attività di trasformazione della superficie dei suoli.

<sup>185</sup> A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, *op. ult. cit.*, p. 4.

<sup>186</sup> A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, *op. ult. cit.*, p. 4.

Dal punto di vista giuridico, invece, il diritto di edificare costituisce «*il punto di incontro*» di discipline tra loro eterogenee. Necessario punto di partenza è l'istituto dominicale in quanto lo *ius aedificandi* è tradizionalmente qualificato come una facoltà spettante al proprietario. Tale ultima affermazione, oggi pressoché pacifica, è il frutto di un lungo dibattito<sup>187</sup> sui caratteri propri del diritto di proprietà che si è intrecciato (o scontrato) con la disciplina urbanistica che, nel tempo<sup>188</sup>, ha posto non pochi vincoli alla possibilità del privato di edificare al punto che si arrivò anche a dubitare che questo sia riconducibile allo stesso diritto di proprietà (ci si riferisce in particolare alle concezioni teoriche sorte subito dopo l'introduzione della legge «*Bucalossi*»<sup>189</sup>).

### ***7 – Il dibattito sulla natura dello ius aedificandi alla luce della normativa urbanistica: le posizioni della dottrina e della giurisprudenza.***

Il dibattito cui si faceva cenno vedeva contrapposte due diverse soluzioni teoriche che traevano spunto dalla innovatività nel nostro ordinamento della legislazione urbanistica del '42, in quanto la normativa fino ad allora vigente riguardava solo la sicurezza e l'igiene dei centri

---

<sup>187</sup> A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, op. ult. cit., p. 5. L'autorevole Autore definisce il tentativo di inquadrare lo *ius aedificandi* nello schema delle facoltà del proprietario come un «*autentico rompicapo*» e ricorda come questo sia stato alternativamente ricondotto all'interno degli schemi sia del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo ma anche dell'interesse privo di tutela, a differenza del diritto di proprietà che non ha subito «*in sincronia le stesse metamorfosi*».

<sup>188</sup> Per un'analisi più dettagliata della disciplina urbanistica e dei relativi mutamenti ci si permette di rinviare al Cap. I del presente lavoro.

<sup>189</sup> Trattate nel successivo paragrafo 7.3 cui si rinvia.

abitati e non contemplava prescrizioni in merito all'attività edilizia, sostanzialmente lasciata alla disponibilità dei privati<sup>190</sup>.

Per stabilire se la facoltà di edificare costituisca una facoltà di godimento riconosciuta al proprietario del suolo ovvero se essa costituisca piuttosto una situazione giuridica diversa, strettamente collegata ma distinta dal diritto dominicale, è opportuno ripercorrere la regolamentazione che, in concreto, è dettata dalla legge.

### 7.1 – la dottrina dopo la legge urbanistica del 1942.

La legge urbanistica del '42 si poneva come obiettivo principale la soluzione dei problemi derivanti dall'insediamento di una comunità in un determinato territorio e perseguiva tale finalità attraverso la previsione di precisi strumenti urbanistici, da attuarsi da parte dell'Amministrazione comunale, contenenti le regole da seguire nello «sviluppo urbanistico in genere del territorio»<sup>191</sup>. La normativa si caratterizzava, per quanto qui di interesse, per l'introduzione della necessaria preventiva richiesta all'Autorità amministrativa di una *licenza* che autorizzasse i privati ad edificare<sup>192</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza, all'indomani dell'innovazione normativa, erano concordi nel ritenere che tale provvedimento dovesse

---

<sup>190</sup> L'evoluzione della disciplina urbanistica è l'oggetto specifico del Cap. I del presente lavoro ed a tale si rinvia per l'analisi degli istituti trattati in codesta sede.

<sup>191</sup> G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Milano, 1985, pp. 31-32.

<sup>192</sup> Art. 31, comma 1, L.U.: «Chiunque intenda eseguire nuove costruzioni edilizie ovvero ampliare quelle esistenti o modificarne la struttura o l'aspetto nei centri abitati [...] deve chiedere apposita licenza».

essere collocato nella categoria delle autorizzazioni e cioè di quegli atti amministrativi volti a rimuovere un ostacolo all'esercizio di un diritto privato<sup>193</sup>. Inoltre, si riteneva che la licenza fosse inquadrabile tra i provvedimenti a carattere discrezionale<sup>194</sup>.

Per altro verso, la legge urbanistica prevedeva, all'art. 40, che nessuna indennità era dovuta «*per i vincoli di zona e per le limitazioni e gli oneri relativi all'allineamento edilizio delle nuove costruzioni*». Tale previsione, da leggersi in combinato con l'art. 7 della medesima legge<sup>195</sup>, introduceva in particolare vincoli di inedificabilità assoluta (per i proprietari dei terreni rientranti in quelle determinate zone) per i quali non erano dovute indennità.

In tale contesto normativo, nacque un dibattito in dottrina, protrattosi per molto tempo, sulla sorte dello *ius aedificandi* che vedeva contrapposte due diverse concezioni teoriche, così sostanzialmente ricostruibili:

---

<sup>193</sup> Il potere autorizzatorio produce l'effetto giuridico di modificare una situazione giuridica preesistente, consentendone l'esplicazione o l'esercizio in una direzione in precedenza preclusa, ma non costituisce nuovi diritti: E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. XII, Milano, 2010, p. 344; in giurisprudenza: Cassazione Civile, Sez. Un., 3 ottobre 1973, n. 2472, in *Mass. Giur. It.*, 1973, p. 864.

<sup>194</sup> La discrezionalità amministrativa è lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione (quella che disciplina le modalità attraverso le quali il potere deve essere esercitato) non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione. Si è soliti, inoltre, distinguere una discrezionalità «*pura*» da una «*tecnica*»: la prima viene attuata alla luce di interesse pubblico ed attiene a vari profili dell'azione amministrativa, quali il contenuto del provvedimento, la decisione relativa al «*se*» e al «*quando*» rilasciarlo; la seconda, invece, riguarda il potere che spetta all'amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione e si riduce ad un'attività di giudizio a contenuto scientifico in base a parametri tecnici: E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, pp. 384-385; in giurisprudenza: Cassazione Civile, Sez. Un., 4 luglio 1973, n. 1867, in *Mass. Giur. It.*, 1973, pp. 668-670.

<sup>195</sup> L'art. 7 L.U. disciplina la formazione dei piani regolatori all'interno dei quali dovevano essere stabilite le aree destinate all'edificazione, con i relativi vincoli di zona e quelle, invece, da destinare a verde pubblico, a spazi di uso pubblico o impianti di pubblico interesse.

1. La prima, detta *teoria dell'attribuzione*<sup>196</sup>, sosteneva che il diritto di edificare non appartenesse al proprietario del suolo o dell'immobile ma allo Stato che lo concedeva ai privati, per cui nel caso di espropriazione la componente "edificatoria" del valore immobiliare non doveva essere indennizzata e, di conseguenza, niente era dovuto nel caso di imposizione di un vincolo di inedificabilità, totale o parziale (che non era, a differenza dell'espropriazione, privativo del diritto dominicale sul terreno).
2. La seconda, cd. *teoria della conformazione o dell'inerenza*<sup>197</sup>, affermava che il diritto di costruire inerisce alla proprietà immobiliare ma viene regolato e delimitato per ragioni di pubblico interesse, secondo quanto disposto dall'art. 832 c.c. che costituisce la norma generale in materia di proprietà.

Secondo la prima delle impostazioni ricordate, dunque, lo *ius aedificandi* assumeva consistenza e configurazione ed autonoma e non partecipava più del carattere primario ed assoluto del diritto di proprietà degradando al rango di diritto affievolito<sup>198</sup>, o di interesse legittimo<sup>199</sup> o, addirittura di interesse occasionalmente protetto<sup>200</sup>. Ed anzi, neanche dopo

---

<sup>196</sup> Per tutti vi veda A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1978, II, pp. 73-91.

<sup>197</sup> Si veda A. GAMBARO, *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, *op. ult. cit.*, pp. 361 e ss..

<sup>198</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 27 novembre 1974, n. 3873, in *Mass. Giur. It.*, 1974, pp. 984-985, testualmente dichiara che nei confronti della PA lo *ius aedificandi* costituisce un diritto affievolito.

<sup>199</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 30 marzo 1972, n. 1010, in *Mass. Giur. It.*, 1972, pp. 374-375, secondo cui lo *ius aedificandi* non può essere considerato, nei confronti della PA come un diritto soggettivo ma deve essere configurato come un interesse legittimo.

<sup>200</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 17 febbraio 1969 n. 543, in *Mass. Giur. It.*, 1969, pp. 222-223.

il rilascio della licenza il diritto di edificare riassumeva il rango di diritto assoluto poiché fino a costruzione ultimata era possibile la revoca, discrezionale, del provvedimento già rilasciato.

I sostenitori della seconda teoria obiettavano che il sistema della legge urbanistica instaurava una connessione necessaria tra licenza edilizia e piano regolatore, contenente, tra l'altro, le linee di sviluppo del centro urbano, la destinazione d'uso delle aree e le caratteristiche degli edifici nelle varie «zone». Quindi, era possibile sostenere che il rilascio fosse subordinato all'accertamento, da parte dell'organo preposto, della conformità del progetto alle previsioni del piano e, conseguentemente, affermare che il provvedimento *de qua* fosse il risultato di un mero controllo di legittimità, sì da escludere ogni elemento di discrezionalità da parte della P.A.<sup>201</sup>. Tale impostazione portava a considerare la necessità della licenza edilizia come un mero onere, quale limite di ordine formale, incidente solo sulle modalità di esercizio del diritto ma inidoneo a mutarne la qualificazione giuridica in uno dei sensi sopra menzionati<sup>202</sup>.

In via di replica a detta obiezione, i sostenitori della teoria dell'attribuzione richiamavano il combinato disposto degli artt. 32 e 41, ultimo comma, L.U. dal quale si riteneva di poter ricavare il potere del Sindaco, quale Autorità competente, di fissare particolari «modalità

---

<sup>201</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni, op. ult. cit.*, p. 125.

<sup>202</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni, op. ult. cit.*, pp. 125-126.

Si deve aggiungere che autorevole dottrina ritiene che la cd. *degradazione* o *affievolimento dei diritti* sia semplicemente il risultato (contraddittorio) del tentativo di dare risposta sul piano sostanziale ad una situazione processuale: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, p. 335.

*esecutive nella licenza*»; tale potere si sarebbe dovuto esercitare in base al libero apprezzamento di altre condizioni sotto gli aspetti concorrenti o alternativi dell'igiene, della sicurezza, dell'estetica, della funzionalità e simili<sup>203</sup>. Se ne poteva, perciò, dedurre la natura discrezionale della licenza edilizia, restituendole una funzione costitutiva, capace di incidere sulla stessa qualificazione della posizione del proprietario, così da concludere che lo *ius aedificandi* altro non fosse che un interesse legittimo<sup>204</sup>.

### 7.2 – L'innovazione apportata dalla legge «ponte» del '67.

Tale ultima conclusione sembrò avvalorata dall'emanazione della Legge 6 agosto 1967, n. 765, c.d. legge «ponte», il cui art 10, comma 1, estendeva il rilascio della licenza edilizia alle opere di edificazione in tutto il territorio comunale<sup>205</sup>; non residuava più alcuno spazio per l'edificazione in assenza di provvedimento amministrativo.

Senonché, la legge del '67 conteneva altre novità che, più che confermare detta ricostruzione, sembrerebbero per contro dare consistenza alla tesi che ritiene che la licenza edilizia abbia una mera funzione certificativa<sup>206</sup>. Ciò, non solo per l'estensione generalizzata della

---

<sup>203</sup> Così espressamente Cassazione Civile, Sez. Un., 17 febbraio 1969 n. 543, in *op. ult. cit.*, pp. 222-223; Cassazione Civile, Sez. I, 8 giugno 1971 n. 1695, in *Mass. Giur. It.*, 1970, p. 1151.

<sup>204</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 10 novembre 1973, n. 2965, in *Mass. Giur. It.*, 1973, pp. 1014-1015, ha invece affermato trattarsi di diritto soggettivo, quando tale provvedimento non è richiesto.

<sup>205</sup> Art. 10, comma 1, legge «ponte»: «*Chiunque intenda nell'ambito del territorio comunale eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, deve chiedere apposita licenza al Sindaco*».

<sup>206</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, *op. ult. cit.*, p. 128.



necessarietà della licenza ma, anche, per l'introduzione degli «*standards urbanistici*»<sup>207</sup>, i quali, sostanzialmente, fissavano le regole da osservare per l'edificazione nelle varie «*zone*» previste. La previsione di costanti edilizie da rispettare, cioè, limitava fortemente la *discrezionalità* del Comune, escludendo implicitamente la possibilità che il rilascio, o meglio il diniego, del provvedimento potessero essere basati su valutazioni di *merito*, se pure finalizzate al perseguimento di interessi pubblici<sup>208</sup>.

Dall'analisi delle innovazioni apportate alla legge urbanistica dalla legge «*ponte*», parte della dottrina ha ricostruito un sistema autorizzativo basato sulla *discrezionalità tecnica*, e cioè di ordine tecnico-scientifico e non di merito, che decide sull'opportunità o meno di autorizzare la costruzione solo dopo aver valutato positivamente la rispondenza del progetto a puntuali *standards* urbanistici e ostruttivi<sup>209</sup>. Da tale ricostruzione si faceva derivare la conseguenza che lo *ius aedificandi* consiste certo in «*un'attività che sorge limitata e controllata*»<sup>210</sup>, e tuttavia i piani regolatori e *standards* edilizi si collocano tra quegli elementi che semplicemente delimitano il contenuto del diritto di proprietà, costituendo limiti *ex lege* alla facoltà di godimento che si attua mediante l'attività edificatoria<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Gli artt. 17-19, legge «*ponte*», hanno introdotto, nella legge urbanistica, rispettivamente gli artt. 41-*quinques*, 41-*sexies* e 41-*septies*.

<sup>208</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, op. ult. cit., p. 128.

<sup>209</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. ult. cit., p. 385.

<sup>210</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 4 luglio 1973, n. 1867, in op. ult. cit., pp. 668.

<sup>211</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, op. ult. cit., p. 130.

Tale conclusione è stata peraltro disattesa dalla Cassazione<sup>212</sup>, che ha riaffermato la discrezionalità<sup>213</sup> della licenza essendo comunque attribuito al Comune il potere di respingere la richiesta, non per motivi riguardanti la non conformità del progetto ma per giustificati motivi di interesse pubblico (ad es. la difficoltà per il Comune di provvedere alle opere di urbanizzazione che la nuova costruzione avrebbe comportato); tale giurisprudenza, quindi, ribadiva la natura di mero interesse legittimo dell'interesse del proprietario all'ottenimento della licenza<sup>214</sup>.

### 7.3 – Il supposto «scorporo» dello ius aedificandi attuato dalla legge «Bucalossi».

Lo «scossone»<sup>215</sup> portato dalla sentenza n. 55/1968 della Corte Costituzionale (e della quale diremo nel paragrafo seguente) è stato alla base dell'emanazione della Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sull'edificabilità dei suoli, cd. legge «Bucalossi», che ha apportato numerose novità in materia urbanistica.

Dalla Relazione governativa<sup>216</sup> emergeva una nuova concezione del provvedimento abilitativo all'edificazione che non si basava più su un

---

<sup>212</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 27 novembre 1974, n. 3873, in *op. ult. cit.*, pp. 984-985; Cassazione Civile, Sez. Un., 4 luglio 1973, n. 1867, in *Mass. Giur. It.*, 1973, pp.668-670; Cassazione Civile, Sez. Un., 30 marzo 1972, n. 1010, in *op. ult. cit.*, pp. 374-375.

<sup>213</sup> Da intendersi nel senso di discrezionalità «pura», si veda la superiore nota 194.

<sup>214</sup> Con la conseguenza che ne dovesse essere negata la tutela aquiliana. Il risarcimento del danno derivante dalla violazione di un interesse legittimo è una conquista piuttosto recente nel nostro ordinamento giuridico.

<sup>215</sup> A. PREDIERI, *La Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977, p. 115.

<sup>216</sup> Relazione governativa al disegno di legge n. 500, presentato alla Camera dei Deputati il 1 ottobre 1976, riportata da A. PREDIERI, *La Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, *op. ult. cit.*, pp. 457-458.

meccanismo di tipo autorizzativo, la licenza – imperniato su un atto che comunque conferma ciò che già appartiene al privato, lo *ius aedificandi*, rimuovendone solo il limite all’esercizio – ma su un atto di natura costitutiva<sup>217</sup>, la concessione, che attribuisce al proprietario un diritto edificare che non gli appartiene<sup>218</sup>. Quindi, il passaggio dal sistema della licenza edilizia a quello della *concessione edilizia* era, nelle intenzioni del legislatore, non un mero cambio di nomenclatura ma l’esplicito disconoscimento della pertinenza dello *ius aedificandi* in capo al proprietario del terreno.<sup>219</sup>

Tale configurazione, in particolare, era sostenuta da coloro che ritenevano rilevante l’introduzione, con la legge «Bucalossi», dell’onerosità del rilascio della concessione edilizia<sup>220</sup>: se la legge dispone che la concessione *ad aedificandum* è onerosa, ciò vuol dire che il proprietario versa una sorta di “corrispettivo” per detta concessione e, pertanto, titolare dello *ius aedificandi* è il Comune e non il privato perché costui non dovrebbe acquistare un diritto di cui sia già titolare. Pertanto diritto di proprietà e diritto edificatorio devono essere considerati diritti separabili che ricadono su beni diversi, cui corrispondono titolarità diverse: secondo i

---

<sup>217</sup> L’esercizio del potere concessorio produce l’effetto di attribuire al destinatario *status* e situazioni giuridiche che esulavano dalla sua sfera giuridica in quanto, precedentemente, egli non ne era titolare: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. ult. cit.*, p. 352.

<sup>218</sup> Nel senso che il diritto di edificare non era più connesso al diritto di proprietà sul terreno, tra gli altri: V. CERULLI-IRELLI, voce *Ius aedificandi*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, I, Milano, 1980, p. 501; G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, p. 163.

<sup>219</sup> A. DI MAIO – L. FRANCIOSI, voce *Proprietà edilizia*, in *op. ult. cit.*, p. 353.

<sup>220</sup> Art. 3, legge n. 10/1977: «La concessione comporta la corresponsione di un contributo commisurato all’incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione».

fautori della *teoria dell'attribuzione*, si era dunque giunti alla «*tanto auspicata*» separazione dello *ius aedificandi* dal contenuto del diritto di proprietà.<sup>221</sup> «*Il regime di separazione configurato dalla legge nel suo aspetto complessivo, di non fare e di fare (il proprietario non può svolgere attività di trasformazione, la svolge solo se ottiene la concessione, che ha pagando un corrispettivo) comporta il riconoscimento che la facoltà-attività di trasformare a fini di edificazione o urbanizzazione non appartiene al proprietario del suolo e dell'edificio, non fa parte delle facoltà del proprietario; ma costituisce un qualcosa [...] diverso dalla proprietà, che è sottratto al soggetto privato ed è avocato o riservato in via generale al soggetto pubblico*»<sup>222</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, riteneva che l'innovazione normativa fosse meno “rivoluzionaria” e che la nuova legge avesse, più semplicemente, diversamente disciplinato i limiti ad una facoltà di godimento del proprietario<sup>223</sup>. Secondo tale lettura, cioè, l'introduzione della concessione comportava un'innovazione terminologica, non sostanziale, giacché era la stessa legge ad equiparare espressamente i due provvedimenti, estendendo alla prima la normativa, già in vigore, della seconda. Inoltre, con riferimento alla rilevata onerosità della concessione,

---

<sup>221</sup> A. PREDIERI, *La Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, op. ult. cit., p. 62; V. CERULLI-IRELLI, *Ius aedificandi*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, I, Milano, 1980, p. 501; G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, p.163.

<sup>222</sup> A. PREDIERI, *La Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, op. ult. cit., p. 62.

<sup>223</sup> A. GAMBARO, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 171. L'Autore definisce il cambio di nomenclatura «*piuttosto innocuo*»

l'innovazione segnava il semplice passaggio da un sistema attributivo al proprietario del suolo di tutto l'incremento di valore ricollegabile alla facoltà edificatoria, ad uno in cui una parte di tale aumento di valore era destinato alla collettività, con conseguente perequazione delle situazioni dei diversi proprietari<sup>224</sup>.

Infine, si spostava l'attenzione sull'art. 4 della legge «Bucalossi»<sup>225</sup> il quale prevedeva che la concessione edilizia poteva essere richiesta solo dal (e rilasciata solo al) proprietario (od ai titolari di diritti reali minori)<sup>226</sup>: nessuna trasformazione significativa dell'immobile potrebbe essere intrapresa, nel nostro ordinamento, da soggetti diversi dal proprietario o da titolari di diritti da esso derivati<sup>227</sup>.

#### 7.4 – La posizione della Corte Costituzionale.

In tale dibattito si è inserita, con diverse pronunce, la Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla natura dello *ius aedificandi*<sup>228</sup>:

---

<sup>224</sup> G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, op. ult. cit., pp. 43-44.

<sup>225</sup> Il cui primo periodo è il seguente: «La concessione è data dal sindaco al proprietario dell'area».

<sup>226</sup> A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1980, p. 102: «A differenza del superficiatario, che ha senz'altro diritto di costruire sul terreno altrui e di opporsi alle attività proprietarie che rendano più gravose l'edificazione, il supposto titolare dello *ius aedificandi* non può far altro che concederlo o non concederlo al solo proprietario».

<sup>227</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, ed. I, Torino, 1982, p. 517.

<sup>228</sup> Le decisioni riportate nel testo si occupano, per lo più, indirettamente della problematica dello *ius aedificandi* in quanto traggono spunto dalla valutazione di conformità costituzionale delle norme susseguite nel tempo in materia di espropriazione, e precisamente, delle modalità di calcolo dell'indennità spettante al privato espropriato. In tutti i casi sottoposti all'attenzione della Corte, però, vi è alla base il convincimento il diritto di edificare inerisca al diritto di proprietà, anche se non sempre tale impostazione viene giustificata.

Per un'analisi più completa dei provvedimenti legislativi impugnati ci si permette di rinviare al Cap. I del presente lavoro.

- Con la sentenza n. 64 del 1963, la Corte Costituzionale affermò che, se era pur vero che la legge urbanistica conteneva dei limiti al diritto di proprietà, in quanto disciplinava lo *ius aedificandi*, tali limiti sono stati da sempre connessi alla disciplina della proprietà immobiliare e, pertanto, rientrano tra quelli previsti dal dall'art. 42, comma 2, della Costituzione, non potendosi dubitare che la funzione sociale della proprietà richiedesse «tra l'altro, una disciplina dell'assetto dei centri abitati, del loro incremento edilizio e, in genere, dello sviluppo urbanistico»<sup>229</sup>.
- Successivamente, il Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 22/1965 affrontando il problema della “legittimità” dell’indennizzo fissato della legge n. 167/1962<sup>230</sup>, dichiarava come l’incostituzionalità delle norme impugnate derivasse anche dal fatto che i proprietari delle aree comprese nei piani, oltre ad essere soggetti all'espropriazione, erano sottoposti «a vincoli che precludono la possibilità di disporre delle aree, nell'unico modo conforme alla natura di aree fabbricabili (ndr. edificazione), o comunque in modo proficuo»<sup>231</sup>.
- Nella successiva sentenza n. 6 del 1966, la Corte viene chiamata a decidere del supposto contrasto tra l'art. 42, comma 3, della

---

<sup>229</sup> Corte Costituzionale, 10 maggio 1963, n. 64, in *Giur. Cost.*, 1963, p. 563, con nota di P. STELLA RICHTER.

<sup>230</sup> Si deve considerare immanente nel nostro ordinamento il principio secondo cui l’indennizzo dovuto al proprietario espropriato «non può essere irrisorio né simbolico, ma deve rappresentare serio ristoro del pregiudizio subito dal proprietario». Principio già enunciato in precedenti sentenze della medesima Corte, e che deve costituire, a parere della medesima Corte, la linea guida del legislatore in tutti i casi in cui voglia prevedere le modalità di calcolo dell’indennizzo.

<sup>231</sup> Corte Costituzionale, 5 aprile 1965, n. 22, in *Giur. Cost.*, 1965, pp. 198-228.

Costituzione e la legge 20 dicembre 1932, n. 1849 là dove esclude ogni indennizzo in materia servitù militari. Per la prima volta, il Giudice delle leggi affrontò esplicitamente la problematica dell'*espropriazione in senso lato* ed affermò che non era importante stabilire se il vincolo derivante dalla suddetta legge fosse una vera e propria servitù o un *semplice* limite, in quanto non è sostenibile che si sia sempre in presenza di un'espropriazione nei casi di servitù e, nel contempo, non si abbia mai espropriazione nei casi di limiti, giacché potevano esserci imposizioni di servitù che non importavano espropriazione e imposizioni di limiti che, invece, avevano carattere di espropriazione, «*secondo la natura, l'incidenza, l'entità del sacrificio che deriva dalla imposizione*». Da questa importante affermazione conseguiva necessariamente, a condivisibile giudizio della Corte, che fosse «*da considerarsi come di carattere espropriativo anche l'atto che, pur non disponendo una traslazione totale o parziale di diritti, imponga limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio. È altresì da considerare come di carattere espropriativo l'atto che costituisca servitù o imponga limiti a carico della proprietà, quando gli uni e gli altri siano di entità apprezzabile, anche se non tali da svuotare di contenuto il diritto del proprietario*»<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Corte Costituzionale, 20 gennaio 1966, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1966, pp. 91-92.

- Sempre nello stesso anno, la Corte Costituzionale<sup>233</sup> ebbe a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni contenute nei nn. 2, 3 e 4 dell'art. 7 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, cd. Legge Urbanistica, per violazione della riserva di legge contenuta nell'art. 42 Cost. L'iter argomentativo della Corte ripercorre le tappe dell'urbanistica in Italia e riconosce conforme al dettato costituzionale le norme impugnate in quanto, avendo le stesse carattere programmatico, si rendeva necessario per l'attuazione concreta il riconoscimento ai Comuni (nella formazione dei piani regolatori di loro competenza) di un margine di discrezionalità, sia per quanto concerne la ripartizione in zone del territorio comunale sia per ciò che riguarda il regime della proprietà privata nell'ambito delle singole zone, «*in relazione alle esigenze, modificabili anche nel tempo, della vita moderna e dell'espansione urbanistica*». In tale contesto, però la Corte non affrontò il problema dello *ius aedificandi*<sup>234</sup> in relazione ai vincoli di inedificabilità non indennizzabili, ma si limitò a riconoscere che la discrezionalità del Comune nella formazione dei piani dovesse essere *discrezionalità tecnica*.

---

<sup>233</sup> Corte Costituzionale, 14 maggio 1966, n. 38, in *Giur. Cost.*, 1966, pp. 846-857.

<sup>234</sup> La questione fu richiamata nella successiva ordinanza di rimessione degli atti Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nella quale si invitava lo stesso C.G.A. ad affrontare meglio la questione relativa alle limitazioni alla proprietà privata che «*i Comuni sarebbero autorizzati ad inserire, nei piani regolatori generali [...] (nella specie destinando zone di terreno a verde pubblico, verde privato, verde agricolo e ad impianti pubblici); limitazioni siffatte inciderebbero sugli attributi essenziali del diritto di proprietà (disponibilità ed utilizzazione), sopprimendo, nel caso, lo ius aedificandi rispetto a zone di terreno ritenute edificabili*»: Corte Costituzionale, 14 maggio 1966, n. 39, in *Giur. Cost.*, 1966, pp. 857-860, con nota di S. M. CICCONE.



- Sulla legittimità delle norme contenute nella Legge Urbanistica che prevedevano i vincoli di inedificabilità senza indennizzo (artt. 7 e 40), la Corte Costituzionale tornò a pronunciarsi con la celebre sentenza n. 55/1968<sup>235</sup> nella quale riconobbe espressamente che il diritto di edificare costituisce la parte preponderante del valore degli immobili, specie dei terreni, ed affermò che l'imposizione di vincoli di inedificabilità a tempo indeterminato è equiparabile all'espropriazione e, pertanto, una tale imposizione deve essere indennizzata. La sentenza affermava inoltre che lo *ius aedificandi* costituiva una componente necessaria (in quel momento storico) del diritto di proprietà<sup>236</sup>, e non si poteva non indennizzarne il valore in caso di vincoli che privassero il proprietario di una tale facoltà. La giurisprudenza di legittimità, con tale pronuncia, respinse perciò i tentativi di scorporare lo *ius aedificandi* dal diritto di proprietà riaffermandone la natura di facoltà naturalmente spettante al proprietario. Più in particolare, argomentò la Corte<sup>237</sup> che *«l'edificazione avviene ad opera del proprietario dell'area, il quale, concorrendo ogni altra condizione, ha diritto ad ottenere la concessione edilizia, che è trasferibile con la proprietà dell'area ed è irrevocabile, fatti salvi casi di decadenza previsti dalla legge (art. 4 legge n. 10 del 1977). Da ciò deriva che il diritto di edificare continua*

---

<sup>235</sup> Corte Costituzionale, 25 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 838-883, con nota di G. LOMBARDI.

<sup>236</sup> G. CECCHERINI, *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, *op. ult. cit.*, pp. 40-41.

<sup>237</sup> La sentenza, com'è noto, affronta solo incidentalmente il problema della natura dello *ius aedificandi* in quanto la questione posta all'attenzione della Corte riguardava la legittimità della norme della legge n. 10 del '77 che stabilivano la misura dell'indennità di espropriazione con riferimento al valore agricolo medio.

*ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici». «Ne consegue, altresì, che la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie a funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza.»*

- Tale orientamento della Corte è stato successivamente ribadito nella sentenza n. 5/1980, nella quale si affermò nuovamente che le norme disciplinanti lo *ius aedificandi*, nonostante la nuova denominazione del provvedimento abilitativo all'edificazione, dovevano essere sempre interpretate nel senso che queste avevano «*lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto (n.d.r. di edificazione) nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza*»<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> Corte Costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 22, con nota di G. LOMBARDI.

7.5 – *Lo ius aedificandi alla luce dell'attuale assetto normativo: il T.U. Edilizia.*

Analizzato l'*iter* interpretativo di dottrina e giurisprudenza sull'annoso dibattito della titolarità dello *ius aedificandi* a seguito dei provvedimenti in materia urbanistica succedutesi nel tempo, si vuole qui concludere questa rassegna presentando il quadro attuale che si pone in termini meno alternativi rispetto al passato.

I ragionamenti impostati in termini di *ius aedificandi* postulavano pur sempre «l'(in)esistenza di una facoltà proprietaria» sia che il potere di edificare lo si facesse risalire *naturaliter* al privato sia che lo si riferisse, invece, alla Pubblica Amministrazione<sup>239</sup>. A parere di autorevole dottrina, le dispute del passato sulla spettanza del diritto di edificare avevano come punto di partenza un presupposto erroneo: in quanto facoltà propria del diritto di proprietà, lo *ius aedificandi* doveva necessariamente godere di tutti i caratteri propri del diritto dominicale, primo fra tutti l'illimitatezza; posto che invece, come visto, il diritto di edificare non è “illimitato” (ma anzi è fortemente compresso) questo non poteva avere pertanto «sostanza proprietaria»<sup>240</sup>. Sennonché, come meglio spiegato nei superiori paragrafi, la proprietà nasce già strutturalmente limitata, o meglio *conformata*, da quei limiti e obblighi i quali costituiscono elementi caratterizzanti del diritto stesso<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> A. DI MAIO – L. FRANCIOSI, voce *Proprietà edilizia*, in *op. ult. cit.*, p. 354.

<sup>240</sup> A. GAMBARDI, *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 189.

<sup>241</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *op. ult. cit.*, p. 187.

Il rinvio è al paragrafo 2 del presente Capitolo.

Alla luce della più avanzata legislazione urbanistica del nostro Paese, tende sempre più a trovare legittimazione la composizione di un delicato equilibrio tra pubblico e privato, che mira, tendenzialmente, a garantire l'uso ottimale del territorio, valorizzando al contempo l'iniziativa economica privata. In tale quadro di riferimento risulta del tutto improponibile l'ottica che assegni la decisione di provvedere in concreto all'attività edificatoria al libero arbitrio o del Comune<sup>242</sup> o del privato<sup>243</sup>.

Bisogna, quindi, partire dallo stretto legame che si è venuto a creare tra la disciplina civilistica e quella urbanistica, ma con la precisazione che le due discipline operano su due piani distinti. Difatti nel nostro ordinamento (come nella maggior parte di quelli moderni) è presente una disciplina pubblicistica che ha come scopo la pianificazione urbanistica del territorio la quale va ad incidere necessariamente sull'attività edilizia ed in particolar modo in quella privata. Inoltre l'attività edilizia stessa è strettamente legata al proprietario del suolo (o avente titolo dallo stesso) in quanto è a tale soggetto che viene imputato il risultato, fisiologico<sup>244</sup> o patologico<sup>245</sup>, dell'attività edilizia.

---

<sup>242</sup> Nel senso che il Sindaco nella fase decisionale relativa a richieste di concessione edilizia non goda di vera e propria discrezionalità, essendo il giudizio riferibile solo a profili meramente tecnici nonché della preminenza del momento della pianificazione (ispirata a razionalità e non a «*discrezionalità indiscriminata ed incontrollabile*»: si veda la superiore sentenza Corte Costituzionale, 14 maggio 1966, n. 38, in *op. ult. cit.*, pp. 846-857.

<sup>243</sup> Anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 5/1980 pur avendo affermato che «*la concessione a edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti*», e pertanto che «*il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà*» riconosce che è lo strumento urbanistico ad attribuire carattere edificatorio al terreno.

<sup>244</sup> L'art. 934 c.c. ne è un esempio in quanto riconosce al proprietario del suolo la proprietà delle costruzioni effettuate sul suolo medesimo. Invero, il discorso sull'accessione meriterebbe un discorso più ampio e pertanto ci si permette di rimandare a M. PARADISO, *L'accessione al suolo (Artt. 934-938)*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1994.

Le due discipline debbono comunque restare su piani diversi posti in rapporto di sovraordinazione della normativa urbanistica rispetto a quella privatistica, e ciò per l'ovvia considerazione che la prima persegue fini di interesse pubblico, o meglio, collettivo che devono necessariamente prevalere sugli interessi privati<sup>246</sup>.

Ma occorre fare una distinzione in quanto il superiore interesse pubblico non sempre è caratterizzato da motivi di necessità (come nel caso del vincolo idrogeologico), ed anzi, specie in relazione all'edilizia, è caratterizzato da un certo margine di discrezionalità (tecnica). Solo in tale ottica possono cogliersi appieno le recenti modifiche intervenute nel T.U.Ed. che hanno modificato le discipline dei provvedimenti abilitativi all'edificazione nonché ampliato l'ambito dell'edificazione libera<sup>247</sup>.

Il sistema che deriva da tali interventi normativi conferma l'idea che il diritto di edificare – attribuito, si ripete, al privato – sia giustamente *conformato* da superiori interessi collettivi ma che i relativi controlli pubblici sono rilevanti solo in talune tipologie di interventi (come nel caso

---

<sup>245</sup> L'art. 31, D.P.R. n. 380/2001 dispone che in caso di «*interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali*» il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale ingiunge al proprietario la rimozione o la demolizione dell'opera, con la conseguenza che in caso di inottemperanza l'area «*viene acquisita di diritto*» e gratuitamente al patrimonio del Comune.

<sup>246</sup> Una conferma in tal senso può trarsi dalla disciplina del vincolo idrogeologico, dettata dagli artt. 1-16 del R.D.L. 30 dicembre 1923, n. 3267, che si estende a tutti gli interventi edificatori nelle aree vincolate legittimando la PA ad emanare misure restrittive e financo impeditive di ogni tipo di intervento. Orbene, nessuno dubita della legittimità di un tale tipo di vincolo (che comporta una inedificabilità assoluta senza corresponsione di indennizzo) poiché alla base vi sono ragioni di tutela del territorio (es. pericolo di danni alle falde acquifere) che sono assorbenti dell'interesse privato all'edificazione.

<sup>247</sup> Ci si riferisce al Decreto Legge 31 maggio, n. 78, convertito, con modificazioni, nella Legge 30 luglio 2010, n. 122, ed al Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito, con modificazioni, dalla Legge 12 luglio 2011, n. 106, di cui diffusamente alla fine del Cap. I ed al quale si rimanda.

della tutela dei beni storico-artistici o delle falde acquifere) mentre negli altri casi – compresi quelli che comportino una trasformazione urbanistica rilevante<sup>248</sup> – sono subordinati al mero rispetto delle norme procedurali per il rilascio del titolo abilitativo<sup>249</sup> (con la novella legislativa è stato sottoposto alla disciplina del *silenzio-assenso* anche il permesso di costruire: art. 20, commi 3 e 8, T.U.Ed.).

In conclusione, se è pur vero che la qualità «edificabile» viene attribuita ad un terreno per mezzo dello strumento urbanistico vigente che, in quanto caratterizzato da discrezionalità (in contrapposizione alla necessità), è soggetto a variazioni, si deve riconoscere che l'attitudine all'edificazione (cioè lo sfruttamento delle potenzialità edificatorie del suolo) è un qualità intrinseca (o facoltà) tipica del diritto di proprietà<sup>250</sup> che potrà essere più o meno limitata ma in nessun caso potrà essere sottratta dal suo titolare<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Per la definizione di trasformazione urbanistica rilevante si rimanda al Cap. I del presente lavoro.

<sup>249</sup> La domanda per il rilascio del permesso di costruire deve contenere «un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti» e deve essere accompagnata «da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia» (art. 20, comma 1, T.U.Ed.).

<sup>250</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3120, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1265: «Il diritto di edificare inerisce alla proprietà dei suoli nei limiti stabiliti dalla legge e dagli strumenti urbanistici, tra i quali quelli diretti a regolare la densità di edificazione ed espressi negli indici di fabbricabilità, con la conseguenza che esso è conformato anche da tali indici».

<sup>251</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2011, n. 5443, in *Red. Giuffrè*, 2011: «Il diniego di concessione edilizia non pone affatto in dubbio la sussistenza dello "ius aedificandi", né la concreta potenzialità edificatoria del suolo».

La naturale evoluzione dello *ius aedificandi* dovrebbe essere, alla luce delle recenti innovazioni normative, il “*diritto edificatorio*”, per la cui esposizione e ricostruzione si rinvia al prossimo capitolo, in quanto strettamente legato con il contratto di cessione di cubatura, il quale costituisce l’oggetto specifico del successivo capitolo.

## **Capitolo III**

### **LA CESSIONE DI CUBATURA**

#### ***1 – La nozione di cubatura e la sua cessione. Primi rilievi.***

Volendo affrontare ora specificamente la tematica oggetto del presente lavoro, appare opportuno introdurre il concetto di cubatura, per tale intendendosi la volumetria edificabile su di una determinata area, derivante dal cd. *indice di densità edilizia*: il rapporto tra la superficie di un lotto e il volume edificabile fissato dal piano regolatore o dagli strumenti di programmazione edilizia. Tale rapporto viene fissato in precisi *standards* edilizi<sup>252</sup> i quali si applicano a tutto il territorio comunale, diviso in zone urbanistiche che hanno, appunto, diversi indici di densità.

Le zone urbanistiche consistono in porzioni del territorio comunale all'interno delle quali si trovano le proprietà dei privati ed esprimono un indice di edificabilità proprio, diverso da zona a zona, che rappresenta il limite massimo di volumetria consentito. Orbene tale limite, che deve essere sempre rispettato in quanto entrano in gioco interessi di rilevanza pubblicistica, non disciplina nello specifico come i volumi consentiti debbano essere distribuiti<sup>253</sup>. Non è, infatti ritenuto rilevante la distribuzione delle potenzialità edificatorie tra i proprietari dei terreni ma la

---

<sup>252</sup> La cui introduzione è stata effettuata dall'art 17 della legge «*ponte*».

Per una più compiuta ricostruzione si rimanda al Cap. I.

<sup>253</sup> Volendo fare un esempio: se una zona il cui limite di volumetria è fissato in 100 e questa comprende due terreni, non viene in rilievo se l'edificazione avviene per 50 ciascuno tra i due terreni ovvero in una diversa proporzione. L'importante è che il limite venga rispettato.



distribuzione del carico edilizio sul territorio, indipendentemente dal modo in cui esso è frazionato tra i privati<sup>254</sup>.

In tale contesto, la prassi ha creato la cessione di cubatura quale strumento negoziale volto ad assecondare la duplice esigenza di assicurare un'efficiente allocazione delle risorse e, nel contempo, di garantire il bene-casa ai privati. Nella cessione di cubatura si ha, sostanzialmente, il passaggio di tutta, o parte, della volumetria consentita su di un terreno da un soggetto, che continua ad essere proprietario del terreno, ad un altro che l'acquista per sfruttarla nel proprio terreno, ottenendo così una volumetria maggiore rispetto a quella che il fondo garantiva secondo gli strumenti urbanistici. La liceità di tale contratto non è mai stata messa in dubbio ma si sono sempre messi in evidenza i rischi di possibile elusione dell'indice edilizio se non accompagnato da una prudente applicazione della figura, soprattutto per la mancanza di una disciplina positiva<sup>255</sup>.

Pertanto, la dottrina<sup>256</sup> ha elaborato quattro requisiti tipici che il contratto deve necessariamente rispettare:

1. deve essere concluso tra distinti proprietari di fondi che si trovano nella medesima area urbanisticamente omogenea<sup>257</sup>;
2. non deve porsi in contrasto con specifiche previsioni urbanistiche;

---

<sup>254</sup> A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, Appendice, I, Torino, 2000, p. 736.

<sup>255</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. Not.*, 2003, 4, p. 1119, ricorda che lo strumento negoziale utilizzato per la realizzazione della cessione di volumetria edificabile non può mai divenire un mezzo per eludere o violare il sistema di obblighi e divieti posto dagli strumenti urbanistici.

<sup>256</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. VIII, tomo 2, Milano, 1995, p. 312.

<sup>257</sup> A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *op. ult. cit.*, p. 736.

3. non deve incorrere nella censura dell'amministrazione comunale;
4. il suolo deve avere una destinazione edificatoria dal punto di vista amministrativo, nel senso che una eventuale inedificabilità civilistica non necessariamente rileva (es. una servitù).

## ***2 – I rapporti tra la normativa urbanistica e quella contrattuale.***

Come si vedrà, diverse e contrastanti sono le configurazioni dottrinali in ordine alla natura del negozio di cessione di cubatura ed in ordine al contenuto del “diritto” trasferito. Converte invece la dottrina sul punto relativo all'interazione tra normativa urbanistica ed effetti del negozio e da questa, perciò, sembra opportuno prendere le mosse.

Bisogna anzitutto considerare che il negozio di diritto privato si pone quale presupposto imprescindibile per il rilascio del permesso di costruire richiesto dal cessionario allo scopo di edificare una maggiore volumetria di quella che le dimensioni del lotto consentirebbe.

L'incremento e la corrispondente diminuzione della cubatura nei due lotti oggetto dell'attività negoziale delle parti conseguono però solo ed esclusivamente all'intervento della Pubblica Amministrazione: qualora all'atto negoziale non segua il permesso di costruire come richiesto dal beneficiario della cessione, quest'ultima non produce effetto alcuno mentre il permesso di costruire presuppone in modo indefettibile che la regolamentazione negoziale della fattispecie sia stata completata tra le

parti<sup>258</sup>. Si evince così lo stretto legame tra le due discipline, che non attribuisce preminenza ad una rispetto all'altra.

L'inedificabilità del lotto privato in tutto o in parte della volumetria e l'incremento corrispondente dell'area beneficiaria sono legati da un vincolo funzionale e di correlatività; il mancato o difettoso rilascio del permesso di costruire cioè non priva solo il negozio di «*qualsiasi giustificazione, determinandone così l'inefficacia*», ma addirittura ne condiziona l'efficacia fin dall'origine, a far tempo dalla stipulazione iniziale<sup>259</sup>.

Le due fattispecie (il procedimento diretto al rilascio del permesso di costruire cd. *maggiorato* ed il negozio di diritto privato di cessione di volumetria) pur funzionalmente collegate, mantengono in definitiva una loro autonoma rilevanza; pur essendo unico il risultato perseguito dai privati, le due vicende, regolate dal diritto urbanistico e dal diritto civile, pur restando indipendenti tra loro, appaiono reciprocamente rilevanti in quanto unico è il risultato cui tendono.

Uno dei dubbi più frequenti con riguardo alla cessione di volumetria, peraltro, concerne proprio la difettosa tutela dell'interesse pubblico sotteso al collegamento tra il rilascio del permesso di costruire e la trasferimento della cubatura. La caducazione dell'accordo pattizio, magari discendente dal mutuo consenso delle parti, potrebbe recare con sé infatti, quale conseguenza non voluta un grave pregiudizio all'assetto urbanistico di una

---

<sup>258</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1120.

<sup>259</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1120.

certa area, ponendo il fondo vincolato in uno stato di inedificabilità permanente.

E' stato affermato<sup>260</sup>, allora, che solo un accordo trilaterale tra cedente, cessionario e Comune potrebbe salvaguardare tutti gli interessi pubblici e privati in gioco<sup>261</sup>.

Va, peraltro, segnalato che una siffatta ricostruzione – pur ispirata da ragioni apprezzabili – finirebbe per rendere ancor più complesso il meccanismo giuridico della fattispecie, quanto meno dal punto di vista pratico. È preferibile affermare perciò che ciascun segmento della materia è regolato dalla disciplina rispettiva, senza bisogno alcuno di trovare un margine comune a statuti giuridici tra loro del tutto autonomi. Non vi è in concreto, d'altra parte, alcun pericolo per l'interesse pubblico che è sotteso alla disciplina urbanistica della materia. Invero, l'eventuale nullità o invalidazione successiva o risoluzione (anche per mutuo consenso) del contratto di trasferimento della cubatura, come è stato sottolineato, importa semplicemente che il cessionario non possa avvalersi della capacità edificatoria maggiorata.

- Se la costruzione non è stata ancora realizzata, la caducazione del contratto determinerà, infatti, il diniego del permesso di costruire e nel

---

<sup>260</sup> A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *op. ult. cit.*, p. 527 ricorda che in tal modo l'atto privatistico si fonderebbe in un unico accordo con l'atto della Pubblica Amministrazione.

<sup>261</sup> N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 1071, afferma che all'accordo medesimo «non può disconoscersi efficacia bidirezionale: efficacia di diritto privato per quanto riguarda i rapporti tra i proprietari delle aree edificabili ed efficacia di diritto pubblico per quel che concerne i rapporti dei proprietari con il Comune». Nello stesso senso, M. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita Not.*, 2007, 1, p. 429.

caso in cui esso fosse già stato rilasciato, non la sua decadenza, quanto piuttosto la possibilità di un suo annullamento d'ufficio.

- Se, invece, la costruzione è stata già realizzata, l'eliminazione del vincolo non vuol dire riespansione automatica della capacità edificatoria del fondo cedente la cubatura: un simile risultato sarà giuridicamente impossibile sino a quando sul terreno insisterà la costruzione che abbia esaurito in tutto o parzialmente la capacità edificatoria in conformità al rilasciato permesso di costruire<sup>262</sup>. In ipotesi, poi, di demolizione di tale ultimo manufatto, sia per effetto espresso dell'accordo di ripristino della situazione *quo ante*, sia quale effetto implicito della definitività della caducazione dell'accordo traslativo originario, ai due fondi saranno riattribuite le capacità edificatorie che a ciascuno di essi spettavano secondo le prescrizioni urbanistiche anteriori al negozio da esse stipulato, fatta eccezione per il caso di una eventuale nuova regolamentazione pattizia, che moduli diversamente tra i fondi la volumetria ceduta<sup>263</sup>.

### 2.1 – *Pari rilevanza dell'accordo privato e del rapporto con la PA.*

Il rilievo dell'interesse pubblico al rispetto delle regole di programmazione urbanistica e ad una corretta, armonica ed omogenea

---

<sup>262</sup> M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contr. e impr.*, 1991, I, p. 65, reputa ammissibile in tale caso l'esercizio dell'azione generale di arricchimento senza causa.

<sup>263</sup> M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 76; N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1122-1123.

espansione edilizia nel territorio interessato ha indotto parte della dottrina<sup>264</sup> a svilire il ruolo giocato dall'autonomia privata nell'ambito della cessione di volumetria, tanto da qualificare in termini di assoluta irrilevanza qualsiasi accordo, non solo nei confronti della Pubblica Amministrazione, ma anche tra le stesse parti contrattuali. Il momento essenziale e costitutivo della intera fattispecie sarebbe costituito, insomma, solo ed esclusivamente dal rilascio del permesso di costruire. In tale ottica, diverrebbe sufficiente la mera adesione del proprietario "cedente" in qualsiasi modo essa sia stata manifestata, magari attraverso una mera firma apposta sull'istanza di permesso di costruire o ancor più semplicemente sugli estratti planovolumetrici allegati al progetto ed alla domanda medesima<sup>265</sup>. In tal modo, sarebbe irrilevante per la Pubblica Amministrazione non solo l'intervenuto accordo, privo di qualsivoglia effetto sul completamento dell'*iter* di rilascio del richiesto permesso di costruire, ma anche tutte le vicende successive alla cessione di volumetria (quali ad esempio l'annullamento, la rescissione, la risoluzione per inadempimento o per mutuo consenso).

L'esigenza di salvaguardia dell'interesse pubblico sotteso all'intero procedimento non deve però far dimenticare l'esigenza di tutela sia

---

<sup>264</sup> M. COSTANZA, Nota a Cass. n. 6807/88, in *Nuova Giur. Comm.* 1989, I, p. 372; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, artt. 2643-2645*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, vol. 1, tomo 1, Milano, 1991, p. 656.

<sup>265</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, II, pp. 400-402: «*la cessione di cubatura da parte del proprietario di un fondo confinante al fine di consentire il rilascio della concessione a costruire nel rispetto del rapporto area-volume non necessita di atto negoziale ad effetti obbligatori o reali, essendo sufficiente l'adesione del cedente, che può essere manifestata o sottoscrivendo l'istanza e/o il progetto del cessionario, o rinunciando alla propria cubatura a favore di questi, o notificando al Comune tale sua volontà*».

dell'interesse delle parti, come definito nell'assetto negoziale, sia dell'interesse dei terzi a conoscere, attraverso un adeguato regime di pubblicità, il trasferimento della cubatura da un fondo all'altro<sup>266</sup>. Non è possibile, infatti, reputare sufficienti a tale scopo la mera sussistenza di provvedimenti amministrativi che legittimino lo spostamento della cubatura da un fondo all'altro, ancorché contenenti clausole che diano atto del trasferimento stesso. Per altro verso, lo svilimento del ruolo giocato in materia dall'attività negoziale delle parti non permetterebbe di comprendere come la Pubblica Amministrazione possa consentire un effetto giuridico così rilevante, che incide profondamente sulle facoltà del proprietario, addirittura sulla base di una sua non formale adesione in qualità di cedente<sup>267</sup>.

Viceversa, e com'è stato opportunamente sostenuto<sup>268</sup>, anche nel caso di specie non si può prescindere da un vero e proprio accordo contrattuale, dal momento che qualsiasi atto dispositivo di un bene o di una prerogativa richiede sempre il consenso pieno e certo del legittimo titolare, espresso nelle forme richieste dalla legge e, comunque, in forma idonea e

---

<sup>266</sup> Sull'evoluzione del ruolo della trascrizione in materia ci si permette di rinviare a G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009. L'Autore ricorda che i vincoli reali nascenti da convenzioni urbanistiche ed atti d'obbligo in materia edilizia oscillano tra una qualificazione di tipo pubblicistico, in cui la trascrizione è elemento di perfezionamento del procedimento amministrativo ed una qualificazione privatistica in termini di obbligazione *propter rem* in cui l'opponibilità discende evidentemente dall'attuazione della pubblicità immobiliare. La questione più complessa si pone allorché la legge non preveda la trascrizione espressa della convenzione urbanistica in esame; in tali casi, la trascrizione deve ritenersi ammissibile ogni qualvolta detta opponibilità sussista in conformità al principio di cui all'art. 2645 c.c., con la sola esclusione delle ipotesi nelle quali tali convenzioni abbiano contenuto squisitamente obbligatorio.

<sup>267</sup> G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *Riv. Not.*, 2012, 4, pp.775-899.

<sup>268</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1125.

socialmente significativa. Il concreto assetto negoziale infatti è espressione dell'accordo intercorso tra cedente e cessionario e non può allora che precedere giuridicamente e logicamente l'intervento della Pubblica Amministrazione.

Il collegamento tra il rapporto di diritto privato ed il rapporto con la P.A. è reciproco, nel senso che il cd. permesso di costruire maggiorato può essere rilasciato solo qualora sia stato stipulato un negozio idoneo, dal punto di vista contrattuale, a produrre l'effetto traslativo dei “*diritti edificatori*” da un soggetto all'altro.

### ***3 – La cessione di cubatura nelle configurazioni della dottrina: tra struttura negoziale e oggetto della cessione.***

Come s'è veduto, il trasferimento della volumetria è in definitiva l'esito di un *iter* complesso composto da un previo accordo tra cedente e cessionario al quale segue il provvedimento amministrativo con il quale è autorizzato sul lotto del secondo lo sfruttamento di una cubatura incrementata in modo corrispondente alla diminuzione sul lotto del primo.

Se dunque, in estrema sintesi, l'efficacia del negozio traslativo è *subordinata* al rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato, numerosi sono i dubbi che sono sorti nella dottrina e nella giurisprudenza in ordine alla ricostruzione della natura giuridica di tale negozio<sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> I primi interventi della giurisprudenza di legittimità in materia sono stati originati da questioni di natura fiscale, ben lungi da istanze di natura classificatoria; in particolare era discusso se il trasferimento di volumetria avesse dovuto essere sottoposto alla disciplina della Legge 2 luglio 1949, n. 408 (c.d. *Legge Tupini*) fruendo delle agevolazioni previste dalla medesima in tema di trasferimenti immobiliari, oppure se avesse dovuto esser



### 3.1 – a) *Negozi ad effetti obbligatori.*

Il contratto concluso dai privati produrrebbe, secondo una prima impostazione<sup>270</sup>, solo ed esclusivamente effetti obbligatori quali l'impegno del soggetto cedente a non richiedere il permesso di costruire (per la parte di cubatura trasferita) e ad attivarsi presso la Pubblica Amministrazione affinché il permesso cd. maggiorato possa essere ottenuto dal cessionario. La Pubblica Amministrazione, unico destinatario immediato di una siffatta espressione di consenso, in tale ottica, prendendo atto del trasferimento della volumetria, opererebbe una vera e propria modificazione degli strumenti urbanistici, non limitandosi semplicemente a recepire l'assetto negoziale formulato dalle parti interessate<sup>271</sup>.

Fino al momento del rilascio del permesso di costruire corrispondente alla volontà delle parti esisterebbe insomma solo un vincolo di natura obbligatoria, con la conseguenza che l'atto di trasferimento di volumetria non potrebbe essere trascritto nei registri immobiliari e, se trascritto, la pubblicità avrebbe mero valore di pubblicità notizia.

La consapevolezza dei rischi che da un tale assunto deriverebbero per la circolazione immobiliare esponendo, in assenza di alcuna pubblicità della vicenda traslativa della volumetria, l'acquirente alla possibilità di acquistare un lotto privato tutto o in parte della cubatura sua propria non costituirebbe

---

assoggettato alla ordinaria disciplina prevista dalla Legge sull'Imposta di registro all'epoca vigente.

<sup>270</sup> A. CANDIAN, *Trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 735; G. CECCHERINI, *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. Civ.*, 1990, II, p. 103; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 656; in giurisprudenza: Cassazione Civile, Sez. I, 14 dicembre 1989, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pp. 372-374, con nota di M. COSTANZA.

<sup>271</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 656.

per i fautori di tale tesi un limite: il ricorso alla tutela fornita dall'art. 1489 c.c. rappresenterebbe strumento idoneo di salvaguardia, trattandosi essenzialmente di limitazioni legali alla proprietà<sup>272</sup>, dal momento che il vincolo di inedificabilità assoluta o parziale deriverebbe direttamente dagli strumenti urbanistici e sarebbe pertanto opponibile *erga omnes* anche senza l'esecuzione di alcuna formalità nei registri immobiliari<sup>273</sup>. Tale vincolo, cioè, sarebbe assimilabile ad un onere gravante sulla proprietà ed il terzo acquirente potrebbe essere legittimato a chiedere la risoluzione del contratto o una congrua riduzione del prezzo nel caso in cui il venditore non avesse dichiarato la precedente cessione di cubatura o qualora questa non fosse stata conosciuta dall'acquirente<sup>274</sup>: non avrebbe alcun rilievo nei meccanismi della fisiologia e patologia contrattuale la conoscibilità del vincolo realizzata attraverso la lettura dei registri immobiliari.

Il rapporto intercorrente tra il negozio di diritto privato ed il provvedimento della Pubblica Amministrazione, così, andrebbe inquadrato nell'alveo di un procedimento amministrativo dal quale soltanto scaturirà poi l'effetto finale: il trasferimento di volumetria, in definitiva, non si collegherebbe ai singoli elementi di una fattispecie a formazione

---

<sup>272</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. It.*, 1982, I, I, p. 685, secondo la quale l'atto d'obbligo e la successiva trascrizione non sono necessari, pur costituendo «uno strumento efficace per la conoscenza della limitazione da parte dei terzi».

<sup>273</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 660, afferma che in caso di inadempimento non è praticabile una richiesta di riduzione in pristino, bensì solo il risarcimento del danno, per non essersi il cedente prestato al compimento di tutti gli atti necessari al fine di far ottenere al cessionario una maggior cubatura sul suo lotto.

<sup>274</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 661, sostiene che il vincolo interno tra le parti resta del tutto irrilevante su un piano diverso da quello della promessa di attivarsi con il Comune, con esclusione di qualsivoglia forma di pubblicità della fattispecie.

progressiva, ma al verificarsi dell'ultimo atto di un procedimento di carattere squisitamente amministrativo<sup>275</sup>.

A tale stregua, diviene del tutto indifferente il modo con cui viene espressa la volontà dei privati, essendo del tutto superflua la stipulazione di un atto nella forma pubblica: il consenso potrà assumere la veste di una mera adesione al progetto mediante istanza congiunta o mediante controfirma alla richiesta di permesso di costruire<sup>276</sup>.

L'opinione, pur autorevolmente sostenuta, non può essere condivisa. Può agevolmente obiettarsi in contrario che accedendo alla natura obbligatoria del negozio di trasferimento della volumetria non solo verrebbe meno la possibilità di opporre ai terzi il vincolo di inedificabilità costituito dal cedente sul lotto oggetto di trasferimento, ma si realizzerebbe anche un ulteriore effetto distorsivo: sarebbero vincolati all'impegno solo i primi soggetti obbligati e non i loro aventi causa a titolo particolare. E che si tratta di un'esigenza centrale lo dimostra la recente novella legislativa che ha introdotto l'art. 2643, n. 2-bis), c.c..

Tale ricostruzione, altresì, crea il rischio di ledere l'interesse della Pubblica Amministrazione a realizzare in modo chiaro l'assetto urbanistico, mantenendo la cubatura media della zona poiché se il cedente la cubatura trasferisce successivamente il terreno, l'acquirente potrebbe sfruttare

---

<sup>275</sup> G. CECCHERINI, *Il cd. trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 53; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 656.

<sup>276</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 656. In giurisprudenza, Cassazione Civile, Sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, in *op. ult. cit.*, p. 685: «*La volontà di rinuncia può essere manifestata o attraverso un'adesione del proprietario cedente alla richiesta di concessione edilizia avanzata dal proprietario beneficiario della rinuncia, o con atto successivo al rilascio della concessione stessa*».

interamente la volumetria originariamente prevista dallo strumento urbanistico in quanto il trasferimento di cubatura non è a questi opponibile (e, verosimilmente, neanche conoscibile).

La prospettiva esclusivamente pubblicistica non offrirebbe, infine, sufficiente garanzia degli interessi delle parti, in quanto l'obbligo di collaborazione del cedente finirebbe per essere ridotto a mera espressione dei principi generali in tema di esecuzione di buona fede.

### 3.2 – b) *Rinuncia cd. abdicativa.*

Secondo un'altra impostazione<sup>277</sup> la cessione di volumetria costituirebbe una rinuncia dietro corrispettivo alla facoltà di edificare, alla quale farebbe seguito una richiesta di permesso di costruire che tenga conto dell'intervenuta abdicazione. La Pubblica Amministrazione cioè rilascerebbe al terzo un permesso di costruire cd. maggiorato proprio sul presupposto dell'intervenuta rinuncia, che avrebbe in tale ottica un carattere meramente abdicativo e non traslativo. L'incremento edificatorio, comunque, non viene collegato direttamente all'atto abdicativo, (che svolge il ruolo di mero presupposto), bensì al provvedimento amministrativo.

Tale opinione ha incontrato numerose critiche da parte della dottrina<sup>278</sup>.

E' stato osservato<sup>279</sup>, al proposito, che non è chiaro quale sia il diritto oggetto di siffatta rinuncia. Qualora si affermasse che oggetto della rinuncia

---

<sup>277</sup> R. TRIOLA, *La "cessione di cubatura": Natura giuridica e regime fiscale*, in *op. ult. cit.*, p. 115.

<sup>278</sup> È bene ricordare che tale ricostruzione e, soprattutto le relative critiche si inseriscono in quel contesto legislativo privo di alcuna normativa in materia.

<sup>279</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1132.

è il diritto di edificare a sé stante, si andrebbe contro il principio di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali<sup>280</sup>; qualora, invece, si sostenesse che, in realtà, si tratti di una mera rinuncia alla facoltà di costruire, si contraddirebbe piuttosto l'assunto che il contenuto del diritto di proprietà non solo non può essere modulato dalla mera volontà delle parti, ma che le facoltà in esso comprese non possono formare oggetto di autonomi atti dispositivi.

Inoltre, è stato rilevato<sup>281</sup> che la rinuncia abdicativa è un negozio unilaterale, non recettizio ed irrevocabile, mediante il quale un soggetto «*dismette puramente e semplicemente un diritto di cui è titolare, senza trasferirlo ad altri e indipendentemente dal fatto che il diritto rinunciato si estingua o venga acquistato da un altro soggetto*»<sup>282</sup>. In concreto è agevole rilevare che non vi è alcun collegamento tra la diminuzione della volumetria del fondo del rinunciante e l'incremento della capacità edificatoria di un altro fondo e soprattutto non si comprende in virtù di che cosa un lotto piuttosto di un altro benefici di una siffatta espansione della capacità edificatoria. Alla rinuncia, infatti, com'è tradizionalmente insegnato, «*non corrisponde l'acquisto di un altro soggetto*» perché il diritto è estinto<sup>283</sup>, ma

---

<sup>280</sup> Sulla questione della tipicità dei diritti reali da ultimo U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali* in *Trattato dei diritti reali* a cura di A. GAMBARO e U. MORELLO, vol.1, Milano, 2009, p. 67, secondo il quale un siffatto principio giustificato da ragioni di ordine pubblico economico o di ordine pubblico di direzione economica, trattandosi di "regola non scritta".

<sup>281</sup> F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1678.

<sup>282</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1132.

<sup>283</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. ult. cit.*, p. 90.

semmai se ne avvantaggiano in modo indiretto tutti coloro che si trovano in una determinata posizione.

Né è sufficiente a superare simili obiezioni la considerazione che la rinuncia ha quale beneficiaria solo ed esclusivamente la Pubblica Amministrazione: una tale ricostruzione non fotografa certo la fattispecie in esame nella quale il cedente non vuole solo abdicare ad un proprio diritto, bensì beneficiare uno specifico soggetto; si tratterebbe in definitiva di una rinuncia traslativa avente ad oggetto un diritto reale non propriamente definito, finendo con l'esporsi alle medesime critiche formulate nei confronti dell'opinione che ricostruisce quale diritto reale atipico la fattispecie in esame.

Analoghe obiezioni incontrerebbe anche una ricostruzione della fattispecie quale rinuncia cd. *traslativa*, nella quale alla rinuncia del cedente corrisponderebbe l'incremento della volumetria del fondo appartenente al cessionario; in concreto una siffatta rinuncia altro non sarebbe che un comune negozio traslativo<sup>284</sup>.

### 3.3 – c) Cessione di contratto.

Secondo una impostazione<sup>285</sup>, definita originale, è possibile inquadrare dogmaticamente il negozio avente ad oggetto il trasferimento di cubatura nell'alveo della cessione di contratto: si tratterebbe, in concreto, della

---

<sup>284</sup> F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1678.

<sup>285</sup> P.L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita Not.*, 1990, 1/3, II, pp. 285-306.

cessione a favore del soggetto beneficiario della posizione contrattuale assunta dal privato nei confronti della Pubblica Amministrazione. Una tale opinione trae lo spunto dal fatto che dopo la legge n. 10/1977 l'acquisto dello *ius aedificandi* avverrebbe solo in seguito al rilascio del provvedimento concessorio (oggi permesso di costruire), previo pagamento degli oneri determinati dal legislatore: tra il pagamento degli oneri concessori e il rilascio del permesso di costruire sussisterebbe un nesso sinallagmatico, che consentirebbe di ricostruire dogmaticamente la fattispecie convenzionale come un contratto di diritto pubblico. Il trasferimento di cubatura in tale ottica rientra agevolmente nello schema legale della cessione del contratto di cui all'art. 1406 c.c.; il proprietario del fondo che intende trasferire in tutto o in parte la volumetria sviluppata dal suo lotto in realtà cede al proprietario del fondo che otterrà il permesso cd. maggiorato la sua posizione contrattuale nei confronti della Pubblica Amministrazione: il rilascio del permesso che utilizza l'intera cubatura richiesta sarà espressione del consenso della stessa Pubblica Amministrazione quale contraente ceduto. Siffatto inquadramento reca con sé, inoltre, l'integrale applicazione della disciplina di cui agli articoli 1406 e seguenti c.c..

È stato sottolineato<sup>286</sup> che non costituisce ostacolo ad una tale tesi il fatto che le prestazioni siano state in parte già adempiute. La previsione dell'art. 1406 c.c. là dove preclude la facoltà di cedere il contratto qualora

---

<sup>286</sup> G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni, dei contratti in generale (Artt. 1321 - 1469)*, in *COMMENTARIO del codice civile. Libro IV*, Torino, XVI, ed. III, 1984, p. 327.

una delle prestazioni sia stata già eseguita, ha carattere dispositivo ed è pertanto derogabile dall'autonomia dei privati: il pagamento degli oneri concessori non impedisce allora la cessione di un siffatto contratto.

Un primo limite di tale ricostruzione è costituito dall'impossibilità di effettuare una o più cessioni parziali (a favore di uno solo o anche a favore di più beneficiari) della volumetria sviluppata dal lotto di proprietà del cedente. In tal caso, infatti, non si genererebbe una vera e propria cessione, bensì una pluralità di autonome cessioni «*aventi ad oggetto frammenti o frazioni di una posizione contrattuale*»<sup>287</sup>.

Ma il vero ostacolo all'accoglimento di una tale impostazione discende, tuttavia, dal fatto che, come detto nei precedenti capitoli, dopo la fondamentale pronuncia della Corte Costituzionale del 30 gennaio 1980, n. 5, lo *ius aedificandi* continua ad inerire al diritto di proprietà, anche dopo l'approvazione della Legge 28 gennaio 1977, n. 10. La concessione edilizia non attribuisce nuovi diritti e facoltà al proprietario, ma ha una funzione autorizzatoria la quale produce l'effetto di modificare una situazione giuridica preesistente, consentendone l'esercizio in precedenza precluso<sup>288</sup>. L'impostazione proposta parte insomma dall'erroneo presupposto che l'entrata in vigore della Legge «*Bucalossi*» abbia modificato il regime previgente.

---

<sup>287</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1129 e F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1680.

<sup>288</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. ult. cit.*, p. 344.



Inoltre, la cessione della posizione contrattuale importerebbe che il cessionario verrebbe a trovarsi nell'identica posizione giuridica del cedente, con l'effetto quasi paradossale che potrebbe esercitare il proprio diritto non sul proprio fondo, bensì sul lotto del proprio dante causa<sup>289</sup>.

#### 3.4 – d) Vincolo di destinazione puro.

Secondo un'altra impostazione<sup>290</sup>, l'atto di cessione di cubatura imporrebbe un vincolo di destinazione a favore del lotto confinante, consistente nell'obbligo di «*non utilizzare l'area a fini edificatori ossia di non modificare lo stato di fatto dell'immobile mediante la costruzione di edifici*»<sup>291</sup>. Si tratterebbe, in altre parole, di un atto di disposizione avente contenuto negativo che certamente rientra agevolmente nel contenuto tipico del diritto di proprietà.

Tuttavia, la proposta riconduzione di un siffatto vincolo alla disciplina dettata dall'art. 1379 c.c. (secondo la quale vincoli e divieti devono rispondere ad un apprezzabile interesse di una delle parti, hanno efficacia solo tra le parti, non sono opponibile ai terzi ed hanno carattere temporaneo, dovendo essere contenuto entro apprezzabili canoni temporali) risulterebbe, in pratica, quasi del tutto inutile a meno di non attribuire ad un tale vincolo caratteristiche del tutto atipiche ed anomale rispetto alle esigenze sottese al fenomeno della cessione di cubatura.

---

<sup>289</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1130.

<sup>290</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1138.

<sup>291</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1138

D'altra parte, nessun dubbio sussiste, anche secondo siffatta opinione, in ordine alla ricostruzione degli interessi in gioco, rispettivamente dei privati ad ottenere un permesso di costruire cd. maggiorato e della Pubblica Amministrazione al rispetto della programmazione urbanistica.

La lettura e l'analisi della fattispecie dovrebbero essere affrontate allora in modo diverso.

Secondo una pronuncia della Suprema Corte<sup>292</sup> in materia di vincoli urbanistici discendenti dall'adesione a convenzioni urbanistiche, va escluso il carattere meramente obbligatorio degli impegni assunti, in specie in ordine al divieto di alienazione; non può essere congruo il richiamo all'art. 1379 c. c., che concerne piuttosto limitazioni alla circolazione dei beni poste nell'interesse esclusivamente privato, e deve essere riconosciuta piuttosto, l'operatività dei vincoli anche nei confronti dei terzi, proprio in considerazione degli interessi di rango generale che sono in gioco nel caso in esame. In tale ottica, la disciplina privatistica può subire delle deroghe in considerazione appunto del rilievo pubblico degli interessi coinvolti: un tale assunto offrirebbe, allora, una spiegazione condivisibile del perché un vincolo destinatorio (imposto da un soggetto privato) potrebbe avere carattere reale e perpetuo, nonostante la espressa previsione in contrario dell'art. 1379 c.c.. L'Autore<sup>293</sup> che ha formulato tale tesi è consapevole del fatto che l'imposizione di un vincolo di destinazione, atipico nel contenuto e negli effetti, pur permettendo il sorgere del limite (reale e perpetuo)

---

<sup>292</sup> Cassazione Civile, Sez. I, 27 settembre 1997, n. 9508, in *Urb. e App.*, 1998, p. 58.

<sup>293</sup> N. A. CIMMINO *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1140.

all'edificabilità non consente di comprendere come si realizzi tecnicamente l'incremento di cubatura nel fondo *ad quem* e tenta, pertanto, di offrire una diversa spiegazione. All'atto di "dismissione" della volumetria da parte del soggetto cedente, secondo tale indirizzo, corrisponde il potere per il Comune di redistribuire tra i proprietari dei fondi aventi le caratteristiche previste dagli strumenti urbanistici la volumetria non utilizzata. La distribuzione della volumetria in modo generalizzato e diffuso volontariamente non utilizzata dal titolare è regolata dalle norme urbanistiche vigenti, ma può essere conformata in modo diverso allorquando sussista un accordo espresso tra i privati interessati o anche solo tra alcuni di loro, sia pure nel rispetto dei rigidi limiti (spaziali e qualitativi) imposti dalle regole tempo per tempo vigenti.

Non vi sarebbe, dunque, alcun ostacolo ad ammettere la possibilità di una regolamentazione pattizia della distribuzione della cubatura tra uno o più cessionari secondo le regole del diritto privato, né ciò potrebbe contrastare con un interesse della Pubblica Amministrazione. Il trasferimento della volumetria, insomma, costituirebbe il momento finale al quale si giunge attraverso due distinti atti:

- l'atto d'obbligo privato avente una struttura bilaterale mediante il quale è imposto sul fondo *a quo* un vincolo di destinazione (nella specie di un vincolo di inedificabilità);
- il provvedimento amministrativo cd. maggiorato dal quale consegue la redistribuzione o l'assegnazione della cubatura non utilizzata.

Il Comune, in conclusione, mediante il proprio provvedimento verifica la *condicio iuris* alla quale è assoggettata l'efficacia dell'intera operazione. Un tale atto di destinazione, formalizzato in atto pubblico o in una scrittura privata autenticata potrà essere trascritto rendendo opponibile il trasferimento di volumetria intervenuto ai terzi, mediante l'esame dei registri immobiliari.

Sembra all'Autore<sup>294</sup> che possano essere agevolmente superate anche le autorevoli obiezioni di chi<sup>295</sup> reputa non trascrivibili le convenzioni concluse tra privati a norma dell'art. 1379 c.c.. Si rileva, al proposito, che la Circolare del Ministero delle Finanze 2 maggio 1995, n. 128, recante istruzioni per la compilazione delle note di trascrizione in applicazione della Legge 27 febbraio 1985, n. 52, ammette la trascrizione degli atti unilaterali di obbligo, senza esclusione alcuna, almeno espressa, per gli atti bilaterali. L'atto impositivo del vincolo potrà allora essere tecnicamente inquadrato nell'alveo degli atti d'obbligo con conseguente accesso alla pubblicità immobiliare. Ed aggiunge che anche il principio di tassatività di cui all'art. 2645 c.c., secondo il quale deve rendersi pubblico ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti reali immobiliari taluno degli effetti di cui all'art. 2643 c.c., debba essere letto in modo appropriato, permettendo in ogni caso la trascrizione «*di quei diritti immobiliari assimilabili ai diritti reali atipici in quanto si traducono in un*

---

<sup>294</sup> N. A. CIMMINO *La cessione di cubatura nel diritto civile in op. ult. cit.*, p. 1142.

<sup>295</sup> F. GAZZONI *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 650.

*peso della proprietà immobiliare»*<sup>296</sup>. In definitiva, se l'art. 2645 c.c. producesse i medesimi effetti dell'art. 2643 c.c. sarebbe privo di autonomo contenuto e rappresenterebbe un'inutile duplicazione di norme.

Da ultimo, un limite alla possibilità di eseguire la formalità della trascrizione nei registri immobiliari può avere ragione di esistere solo in relazione ad interessi di rango privatistico, ma non laddove la fattispecie complessa è frutto di una singolare coesione di interessi pubblici e privati, meritevole di godere di un pieno regime di opponibilità negoziale.

Il difetto di una tale impostazione, che precorre i tempi postulando un ricorso al meccanismo del vincolo destinatorio in urbanistica, ben prima della introduzione nel nostro ordinamento giuridico degli artt. 2645-*ter* e 2645-*quater* c.c., è rappresentato proprio dalla difficoltà di immaginare il ricorso ad uno strumento quale il vincolo di destinazione che difetta – in assenza di un dato positivo che sarà temporalmente successivo alla proposta tesi – dei requisiti della realtà e della perpetuità e che costituirebbero invece il valore aggiunto di una tale fattispecie.

### 3.5 - e) *Vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*

È stata anche valutata in dottrina<sup>297</sup> la possibilità di ricostruire la fattispecie della cessione di volumetria utilizzando il nuovo schema offerto

---

<sup>296</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1143, riporta l'espressione tratta dalla sentenza della Suprema Corte del 6 giugno 1973 n. 1711, in *Mass. Giust. Civ.* 1968 p. 867.

<sup>297</sup> G. CASU *I negozi di destinazione a tutela della pianificazione urbanistica*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso una espressione sicura dell'autonomia privata*, Atti dei Convegni tenutisi a Rimini il 1° luglio e a Catania l'11 novembre 2006.

dall'art. 2645-*ter* c.c., che dispone la trascrivibilità nei registri immobiliari di un vincolo di destinazione su beni determinati che sia destinato a soddisfare un interesse meritevole di tutela.

In realtà, mediante la cessione di volumetria la potenzialità edificatoria di un lotto viene sfruttata dal lotto limitante in senso urbanisticamente rilevante; non si destina il proprio bene a qualcosa, ma si rinuncia semplicemente alla sua capacità edificatoria a favore di un'area appartenente a un diverso proprietario. Si è quindi al di fuori del meccanismo destinatorio di cui all'art. 2645-*ter* c.c., considerato anche il contenuto preparatorio di un siffatto contratto, e atteso che solo il rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato permetterà la realizzazione dell'interesse e l'utilizzazione della maggior volumetria sul fondo *ad quem*.

### *3.6 – f) Negozio condizionato o Presupposizione.*

Per superare l'obiezione della non definitività del vincolo che nasce a carico del fondo del cedente in caso di ricostruzione dell'istituto come diritto di servitù, è stato proposto da una risalente una parte della dottrina<sup>298</sup> il ricorso all'istituto della condizione. La convenzione posta in essere dai privati rappresenterebbe solo il presupposto dell'effettivo utilizzo della cubatura, che resta rimesso all'intervento del Comune; in sostanza gli effetti reali scaturenti dalla cessione di cubatura sarebbero risolutivamente condizionati al mancato rilascio della concessione per volumetria ampliata.

---

<sup>298</sup> G. B. PICCO – A. M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. Not.*, 1974, III, pp. 626-659.

Il ricorso alla condizione risolutiva evidenzia in modo chiaro l'esistenza del profilo civilistico e di quello urbanistico nel procedimento diretto ad ottenere il provvedimento concessorio relativamente ad una volumetria ampliata a seguito di cessione di cubatura. Infatti il negozio civilistico, perfetto anche se caducabile, non spiega efficacia traslativa se non con il provvedimento della PA che, dal punto di vista urbanistico, sarebbe costitutivo di una situazione giuridica nuova e, dal punto di vista civilistico, consolidativo di una situazione giuridica già posta in essere, rappresentando l'evento dedotto in condizione.

L'elemento della condizione è stato qualificato dai sostenitori della tesi *de qua*<sup>299</sup> come «*condicio iuris*», quando prevista dal P.R.G. o come «*condicio facti*», quando viene espressamente prevista nell'accordo privato in assenza di previsione dello strumento urbanistico.

A tale teoria è stato obiettato<sup>300</sup> che, sebbene nei negozi aventi ad oggetto la cubatura «*potrà essere introdotto l'elemento accidentale della condizione*», ma che in caso di «*mancanza di condizione, il negozio giuridico oneroso avrà un contenuto parzialmente aleatorio, sia per la possibilità che non venga consentito l'utilizzo della volumetria ampliata sia per la possibilità di cambiamento degli strumenti urbanistici che aumentino o diminuiscano l'indice di densità sull'area in oggetto*».

---

<sup>299</sup> G. B. PICCO – A. M. MAROCCO, *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *op. ult. cit.*, p. 642.

<sup>300</sup> F. PATTI e F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1688

In assenza di una condizione risolutiva espressa, è stato sostenuta l'ammissibilità del ricorso allo schema della presupposizione: essa rappresenta una modalità non sviluppata del negozio e che tuttavia ha dominato la volontà dell'autore del medesimo<sup>301</sup>. Infatti, «*il rilascio della concessione maggiorata costituirebbe una situazione di fatto, comune ad entrambi i contraenti ed indipendente dalla loro volontà, che le parti hanno tenuto presente durante l'iter formativo del negozio, pur non facendone espresso riferimento in esso*»<sup>302</sup>.

L'opinione maggiormente affermata a sostegno della teoria della presupposizione, si richiama al concetto di *clausola risolutiva tacita*<sup>303</sup>: basandosi l'istituto della presupposizione sul principio di buona fede, il mancato rilascio della concessione, derivante da valutazioni insindacabili della PA, determinerebbe necessariamente la risoluzione del *peso* posto a carico del fondo servente, che non troverebbe più giustificazione a seguito della mancata realizzazione del programma edificatorio sul fondo del cessionario.

Anche contro tale argomentazione sono state formulate le medesime obiezioni sostenute per la tesi del negozio condizionato<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, op. ult. cit.*, p. 194.

<sup>302</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 24 gennaio 1980, n. 588, in *Riv. Not.*, 1980, p. 953; Cassazione Civile, Sez. I, 16 gennaio 1987, n. 718, in *Riv. Not.*, 1987, p. 312.

<sup>303</sup> N. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *op. ult. cit.* p. 1081.

<sup>304</sup> Inoltre lo stesso istituto della presupposizione non è ritenuto ammissibile da parte della dottrina che lo ritiene giuridicamente irrilevante alla stessa stregua dei motivi individuali, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, op. ult. cit.*, p. 194.



### 3.7 – g) *Diritto di superficie.*

Un risalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità<sup>305</sup> ha tentato di ricondurre la fattispecie della cessione di volumetria alla costituzione di un diritto di superficie, affermando che l'acquisto della cubatura realizza il medesimo effetto di un concessione *ad aedificandum* e conseguentemente il trasferimento di diritti da un fondo all'altro.

In realtà, nell'ipotesi in questione l'elemento del tutto peculiare è rappresentato dal fatto che il diritto di costruire venga esercitato non sul fondo del cedente, ma sul diverso lotto del beneficiario dell'attribuzione, ottenendo il rilascio del permesso di costruire cd. maggiorato. L'art. 952 c.c. dispone al comma primo che il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri che ne acquista la proprietà ed al comma secondo che egli può alienare la proprietà della costruzione già esistente separatamente dalla proprietà del suolo stesso.

Pertanto il fatto che la potenzialità edificatoria del fondo venga sfruttata in un lotto diverso da quello che la origina<sup>306</sup> altera lo schema tipico del diritto di superficie, consistente esclusivamente nel diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo altrui una costruzione a favore di altri o

---

<sup>305</sup> Cassazione Civile, Sez. I, 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro It.* 1973, I, p. 2117 ed in *Riv. Not.* 1973, 6, p. 1164.

<sup>306</sup> F. PATTI e F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1677.

nella possibilità di alienare la proprietà della costruzione già esistente separatamente dalla proprietà del suolo stesso<sup>307</sup>.

### 3.8 – h) Diritto di servitù.

Il trasferimento della volumetria è stato, poi, ricondotto allo schema legale della servitù: la cessione di cubatura sarebbe, in concreto, un negozio mediante il quale il proprietario di un fondo lo grava volontariamente di un peso a favore di un altro lotto. Il contenuto innominato degli schemi tipici delle servitù consentirebbe nel caso di specie di coniugare il rispetto del principio della tipicità dei diritti reali con una soddisfacente ricostruzione dogmatica della fattispecie, assicurando piena conoscibilità ai terzi, mediante il ricorso alla pubblicità immobiliare<sup>308</sup>.

Secondo una siffatta impostazione, di matrice dottrinale<sup>309</sup> e giurisprudenziale<sup>310</sup>, attraverso la cessione di cubatura si restringono in via permanente i poteri connessi al proprietario cedente in relazione al bene di

---

<sup>307</sup> S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, p. 69, sostiene tale configurazione, rielaborando lo spunto offerto dall'art. 952 c. c.. Secondo l'Autore si tratterebbe nel caso di specie di una sorta di evoluzione della ipotesi regolata dal legislatore, in quanto oggetto del trasferimento della cubatura sarebbe in realtà una costruzione non ancora esistente.

A tale opinione è stato obiettato che in tal caso oggetto del contratto sarebbe un bene futuro (la costruzione non ancora realizzata) e non la cubatura in sé: M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 699 e ss.

<sup>308</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 659, afferma che la vera motivazione dell'impostazione della fattispecie in termini di diritto reale innominato o di servitù consiste nel tentativo di utilizzare la trascrizione come elemento idoneo a garantire l'acquirente in sede di circolazione, ma «*il tentativo è destinato all'insuccesso*».

<sup>309</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 710.

<sup>310</sup> Cassazione Civile, Sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 547-553, con nota di M. DI PAOLO; Cassazione Civile, Sez. II, 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. It.* 1981, I, 1, p. 1346; Cassazione Civile, Sez. Un., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. It.* I, I, p. 209; Consiglio di Stato, Sez. V, 25 novembre 1988, n. 744, in *Foro Amm. CDS*, 1988, 11, p. 325.

cui è proprietario e si incrementa la particolare utilità rappresentata dalla capacità edificatoria del fondo appartenente ad un diverso proprietario: simili pattuizioni attribuiscono all'area che ne beneficia vantaggi che possono agevolmente essere ricondotti ad una *qualitas fundi* conducendo di conseguenza la fattispecie al tipo servitù. In particolare, nell'ipotesi in cui il cedente spogli integralmente della capacità edificatoria il fondo servente in modo tale che – sulla base degli indici edilizi al tempo vigenti – non possa esser più realizzato alcun manufatto, lo schema legale sarà quello della servitù di non edificazione; qualora invece le parti intendano realizzare un parziale trasferimento della cubatura, il meccanismo tipico di riferimento potrà essere la servitù *altius non tollendi*<sup>311</sup>, in modo tale che il cedente possa realizzare sul proprio lotto un manufatto che impieghi la residua cubatura oppure possa cederla a terzi. Siffatte limitazioni all'edificabilità restringono le facoltà del proprietario sull'area gravata, assicurando nel contempo un'espansione della capacità edificatoria dell'area che ne beneficia<sup>312</sup>.

La cessione di cubatura peraltro, sotto il profilo contenutistico dell'entità di cubatura trasferita, segue le regole urbanistiche vigenti al tempo della stipulazione del negozio. In nessuno dei due casi (cessione integrale o parziale della volumetria) può, infatti, essere escluso che a causa di un mutamento delle regole urbanistiche, che attribuiscono al fondo *a quo*

---

<sup>311</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 15 giugno 2001, n. 8151, in *Vita Not.*, 2003, p.704, con nota di E. MARANGONI, *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti)*.

<sup>312</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 699 e ss.

una ulteriore quota di cubatura utilizzabile, quest'ultima possa essere sfruttata o direttamente o ancora una ulteriore cessione a terzi.

La cessione di volumetria avrebbe, inoltre, tutti i requisiti richiesti dal legislatore per la costituzione della servitù.

Nel rispetto del dettato positivo (conforme all'antico brocardo *nemini res sua servit*) il trasferimento può avere luogo solo laddove i fondi appartengano a diversi proprietari. Sotto tale aspetto sono sorte alcune delle obiezioni alla tesi *de qua* in quanto questa non riesce a spiegare, stante il suddetto divieto, il diverso fenomeno della concentrazione di cubatura<sup>313</sup>; per superare la forte obiezione è stato sostenuto che il fenomeno della concentrazione potrebbe essere ricondotto allo schema della servitù per destinazione del padre di famiglia a norma dell'art. 1062 c.c., di guisa che, effettuata la concentrazione a vantaggio di uno dei fondi, la servitù nascerebbe automaticamente solo nel momento in cui gli stessi cessino di appartenere allo stesso proprietario<sup>314</sup>.

In ossequio poi al canone secondo il quale *praedia vicina esse debent*, i fondi oggetto attivamente e passivamente della cessione devono essere “vicini” (per tali intendendo fondi ricadenti nella stessa zona edificatoria). In quanto da tempo dottrina<sup>315</sup> e giurisprudenza<sup>316</sup> interpretano il requisito

---

<sup>313</sup> La concentrazione di cubatura si ha allorché uno stesso soggetto, proprietario di due o più fondi posti all'interno della zona urbanistica, intenda sfruttare tutta o parte della cubatura dei fondi in un unico terreno.

<sup>314</sup> N. GRASSANO *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *op. ult. cit.*, p. 1083.

<sup>315</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XII, Milano, 1967, p. 166; C.M. BIANCA, *La proprietà*, *op. ult. cit.*, p. 645; R. TRIOLA, *Le servitù*, *Artt. 1027-1099*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008, p. 22.

della vicinanza non nel senso letterale di materiale aderenza tra i fondi, ma in quello giuridico di possibilità di vantaggio da parte del fondo servente a favore del fondo dominante, poiché la distanza “spaziale” tra i due terreni deve essere *«tale da rendere possibile la sussistenza di una relazione di servizio tra i medesimi»*<sup>317</sup>.

Ricondurre la cessione di volumetria allo schema legale della servitù presenta, poi, l'indubbio vantaggio della trascrivibilità e con essa della emersione di una tale convenzione<sup>318</sup>.

È stato rilevato<sup>319</sup> che il ricorso al meccanismo legale delle servitù *non aedificandi* o *altius non tollendi* offrirebbe una spiegazione chiara della nascita del vincolo sul fondo appartenente al cedente, ma non permetterebbe di comprendere come si verifichi tecnicamente il corrispondente incremento della volumetria in capo al cessionario; infatti, a differenza della mera imposizione del peso della servitù, che si esaurisce in

---

<sup>316</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 17 febbraio 2005, n. 3273, in *Mass. Giur. It.*, 2005, 4; Cassazione Civile, Sez. II, 5 febbraio 1983, n. 965, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 764.

<sup>317</sup> Cassazione Civile, Sez. II, 5 febbraio 1983, n. 965, in *op. ult. cit.*, p. 764: *«L'elemento della contiguità o vicinanza dei fondi, non stabilito espressamente in nessuna norma come requisito essenziale della servitù prediale, è un elemento di fatto più che di diritto, discendente dall'intima essenza della servitù, ossia dal criterio dell'uso e dell'utilità: esso non ha valore assoluto, nè va inteso nel senso empirico di materiale contatto o aderenza immediata, ma nel senso di un rapporto tra due fondi che si trovino in tale reciproca situazione da rendere possibile la sussistenza di una relazione di servizio tra i medesimi. Pertanto, la circostanza che tra due fondi si trovi una striscia di terreno appartenente ad un terzo non esclude affatto la possibilità che tra gli stessi nasca e si eserciti una servitù di passaggio, ove si accerti che detta striscia non è mai stata di concreto ostacolo all'esercizio del passaggio»*.

<sup>318</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 699 e ss. ricorda che l'obiezione secondo la quale il ricorso allo schema legale della servitù è eccessivo rispetto alle finalità economiche perseguite dalle parti, dal momento che il cedente intende conseguire solo ed esclusivamente un mero vantaggio economico dalla cessione dei diritti di cubatura al pari del cessionario che mira ad incrementare la capacità edificatoria del proprio lotto. A tali considerazioni l'Autore contrappone che l'eventuale eccessività dello strumento non consente di negare la praticabilità del ricorso al medesimo.

<sup>319</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile* in *op. ult. cit.*, p. 1136.

un semplice *non facere*, nella cessione di volumetria vi è un *quid pluris* rappresentato dal *diritto* da parte del soggetto proprietario del fondo *ad quem* di utilizzare una cubatura maggiore di quella originariamente sviluppata dal lotto medesimo.

Una soluzione alla questione è proposta da chi<sup>320</sup> afferma, in linea con l'assunto secondo il quale le servitù possono avere un contenuto atipico, che nel caso di specie potrebbe essere configurata una servitù di non edificare finalizzata o qualificata, nella quale il peso sul fondo servente non consisterebbe in un mero *non facere*, ma anche in un *patis*: il cedente sopporta, infatti, che sul fondo dominante insista un manufatto avente una volumetria maggiore di quella prevista dagli strumenti urbanistici, dopo il rilascio del nuovo permesso di costruire. L'obbligo di non edificare avrebbe così un significato diverso dalla tipica servitù di non edificare, atteso che esso concernerebbe solo una certa cubatura e non impedirebbe al proprietario del fondo servente di sfruttare l'eventuale cubatura residua.

In concreto, all'atto di trasferimento della cubatura deve accompagnarsi un atto d'obbligo (unilaterale o anche bilaterale) con il quale il concedente rende irrevocabile la sua volontà anche nei confronti della Pubblica Amministrazione o almeno l'assunzione da parte sua di uno specifico obbligo contrattuale di rogare siffatto atto a semplice richiesta del concessionario. In alternativa, il concessionario, nel cui interesse il procedimento si svolge, potrebbe essere costituito mandatario *in rem*

---

<sup>320</sup> M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 73.

*proprium* alla stipula di un siffatto atto d'obbligo appena richiesto dalla Pubblica Amministrazione<sup>321</sup>.

Alla critica secondo la quale talora il meccanismo tecnico della cessione di volumetria può essere attuato anche tra lotti non contigui, magari spazialmente lontani tra loro, in violazione del principio per il quale *praedia vicina esse debent*, è stato obiettato, come sopra meglio spiegato, che un siffatto requisito deve essere valutato specificamente con riguardo alla zona nella quale entrambi i fondi sono compresi.

Alla successiva critica per la quale l'utilità dedotta in servitù deve avere il carattere della permanenza – estremo che non è possibile riscontrare nel caso di specie dal momento che il vantaggio per il cessionario si esaurisce nel mero rilascio del cd. permesso di costruire cd. maggiorato – è agevole rispondere invece che l'utilità della maggior cubatura non si esaurisce con la realizzazione dell'edificio, ma che essa può essere riutilizzata in occasione di una eventuale ricostruzione dello stesso manufatto<sup>322</sup>.

È stato poi obiettato<sup>323</sup> che ad una siffatta servitù mancherebbe il requisito dell'inerenza oggettiva e soprattutto non sarebbe ravvisabile nel

---

<sup>321</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 699 e ss.

<sup>322</sup> N. A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *op. ult. cit.*, p. 1137; F. PATTI e F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, pp. 1680-1681.

<sup>323</sup> F. GAZZONI *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 655-656, il quale rappresenta che nel caso di specie si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, in cui confluiscono sul piano dei presupposti dichiarazioni private nel contesto di un procedimento amministrativo. Atteso il carattere pubblicistico della fattispecie, secondo tale Autore solo al rilascio del permesso di costruire il cessionario acquisterà il diritto ad una cubatura maggiore; sino ad allora se il cedente perdesse il proprio diritto alla volumetria sviluppata dal proprio lotto, verrebbe automaticamente meno qualsiasi pretesa del cessionario. In concreto, a seguito della cessione di cubatura, il cessionario vanterà un interesse legittimo (esattamente corrispondente a quello vantato dal cedente prima della cessione di volumetria) ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire in misura

caso di specie l'asservimento attuale di un fondo a favore dell'altro confinante, dal momento che il provvedimento concessorio è in ogni caso indispensabile affinché possa configurarsi una *utilitas*: il rilascio del permesso di costruire non sarebbe, insomma, condizione di efficacia, bensì elemento costitutivo della fattispecie<sup>324</sup>.

In realtà, in senso contrario alla autorevole critica, può rappresentarsi che è vero che la utilità deve necessariamente esser presente, ma essa può essere legata, nella prospettazione negoziale formulata dalle parti, ad un elemento futuro quale il provvedimento amministrativo. Ed è proprio una siffatta configurazione, resa nella forma dell'assoggettamento di un fondo a vantaggio dell'utilità temporalmente prossima dell'altro lotto, a configurare l'inerenza reale della fattispecie. In particolare, che una servitù possa essere costituita per un vantaggio futuro era già ammesso dalla giurisprudenza romana<sup>325</sup>: l'art. 1029 c.c. oggi dispone espressamente che la costituzione della servitù possa essere disposta per assicurare ad un fondo un vantaggio

---

corrispondente alla cubatura sviluppata dal solo lotto sul quale sarà realizzata la costruzione o anche dai lotti oggetto del trasferimento della volumetria medesima.

<sup>324</sup> F. GAZZONI *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 659, afferma che il tentativo di ricorrere all'ipotesi della servitù è destinato all'insuccesso atteso che esso non ha alcun rilievo per la Pubblica Amministrazione, nei confronti della quale è indispensabile «*la sussistenza dei presupposti*» «*previsti dal piano regolatore*». Ed ancora «*il cd. cedente dovrà quindi manifestare nei confronti della Pubblica Amministrazione, con i modi i tempi e le formalità di legge, il proprio consenso alla cessione di cubatura*». E «*tale consenso non potrà di certo essere sostituito dalla mera esibizione del contratto di cessione concluso inter partes, il quale a tal fine, è inutiliter factum. Ciò dimostra a sufficienza che il cessionario non è titolare di un diritto reale opponibile ai terzi, perché senza dubbio in caso di doppia cessione della cubatura a due cessionari limitrofi, prevarrebbe ai fini del rilascio della concessione per una cubatura superiore, non già chi per primo ha trascritto l'atto di cessione, ma colui il quale potrà vantare un atto di consenso del cedente manifestato nei confronti del Comune nelle debite forme*».

<sup>325</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* a cura di A. CICU e F. MESSINEO, XII, Milano, 1967, p. 148; G. BRANCA, *Servitù prediali (art.1027-1099)*, in *Commentario a cura di A. Scialoja e G.Branca*, Roma Bologna, 1967, p. 33.



futuro e la *ratio* di una tale norma va rinvenuta nell'esigenza di costituire i "presupposti" che permettano di meglio fruire delle utilità dei fondi, in attuazione del «*principio di previsione economica*»<sup>326</sup>.

Per vantaggio futuro non si intende l'astratta utilità collegata ad ogni forma di servitù, ma qualcosa di diverso: l'utilità deve essere attuale, il vantaggio può essere infatti futuro ed eventuale<sup>327</sup>. Ricorda la dottrina che «*generalmente utilità e vantaggio coincidono. Ma possono essere disgiunti nel tempo*»<sup>328</sup>. Il "futuro" di cui all'art. 1029 c.c. non è il futuro certo (come nel caso della costituzione di servitù di derivazione di acqua piovana, in cui il vantaggio è rimandato nel tempo ma sicuro nella sua verifica), ma il futuro eventuale (come nell'ipotesi della costituzione di una servitù rispetto all'acqua che si potrà scoprire). Una tale servitù, dunque al tempo della sua costituzione, contiene in sé tutti gli elementi essenziali per la sua venuta ad esistenza previsti dalle norme, ivi comprese le utilità e produce effetti immediati, ponendo in essere il vincolo a favore del fondo dominante; futuro ed eventuale non è, in altre parole, l'effetto che è attuale ed immediato, ma la possibilità di esercizio concreto della servitù. Nel caso di

---

<sup>326</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, in *op. ult. cit.*, p. 148, ricorda che il proprietario di un fondo sul quale intende fare dei miglioramenti, approfittando di una buona occasione, mediante una servitù di acquedotto o di presa d'acqua si assicura immediatamente l'acqua necessaria per la coltivazione che vorrà impiantare; ed ancora al fine di impiantare sul fondo un'industria, si assicura già da oggi il vantaggio per l'industria che sorgerà; ed infine, il proprietario, sebbene oggi non gli giovi, si assicura la servitù «*in guisa che il saggio negoziante approvvigiona il magazzino in previsione del futuro andamento del mercato, sebbene le merci acquistate e di cui non intende approfittare subito attualmente non gli giovino*».

<sup>327</sup> G. BRANCA, *Servitù prediali (art.1027-1099)*, in *op. ult. cit.*, p. 34-38, ricorda che il vantaggio futuro può dipendere da un modo di essere del fondo servente, del fondo dominante o di un altro fondo appartenente ad un terzo.

<sup>328</sup> B. BIONDI, *Le servitù*, in *op. ult. cit.*, p. 149, il quale ricorda che la separazione tra vantaggio ed utilità era di maggiore evidenza nel diritto romano, in considerazione del sistema tipico di servitù: ciascuna comprende una determinata utilità compresa nel tipo; "il vantaggio poteva determinarsi in seguito.

specie, insomma, la costituzione della servitù di non edificazione o della servitù *altius non tollendi sub specie* di servitù a vantaggio futuro permette di focalizzare e scandire anche tecnicamente i due tempi della fattispecie: il primo che consiste nell'imposizione del limite all'edificazione del fondo servente; limite, che produce effetto immediato tra le parti, indipendentemente dal rilascio del permesso di costruire e che rende possibile nel secondo momento, all'esito positivo del procedimento amministrativo, il trasferimento finale della cubatura da un lotto all'altro. L'incremento edificatorio del fondo dominante, che è invece strettamente connesso al rilascio del provvedimento da parte della Pubblica Amministrazione, costituisce il vantaggio (in senso tecnico) del fondo dominante, vantaggio che è futuro ed eventuale, ma è nel contempo un elemento costitutivo della fattispecie, fatta salva in ogni caso una chiara ed espressa configurazione negoziale, di esso quale elemento esterno e condizionale del negozio costitutivo medesimo<sup>329</sup>.

La ricostruzione della cessione di cubatura in termini di contratto costitutivo del diritto di servitù ha avuto il pregio di valorizzare la fase negoziale dell'istituto, cercando di risolvere gli inconvenienti, specie dal punto di vista della certezza dei traffici giuridici, che nascevano dalle altre ricostruzioni teoriche. Sennonché anche tale teoria deve ritenersi superata dalla novella del 2011, posto che il legislatore, introducendo il nuovo n. 2-

---

<sup>329</sup> F. PATTI e F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1688, ricordano che nei negozi aventi ad oggetto la cubatura «potrà essere introdotto l'elemento accidentale della condizione che appare quasi necessario nella fattispecie permutativa».

*bis* nell'art. 2643 c.c., ha implicitamente mostrato di non ritenere tale contratto alla stregua di un contratto costitutivo di una servitù, dato che lo stesso sarebbe stato già autonomamente trascrivibile ai sensi del medesimo articolo dal successivo n. 4.

### 3.9 – i) *Bene giuridico autonomo.*

Anche sotto il vigore della novella del 2011 che ha introdotto il n. 2-*bis* nell'art. 2643 c.c., è stata riproposta l'idea, già in passato sostenuta<sup>330</sup>, che la cubatura possa essere considerata quale bene giuridico autonomo, valutabile dal punto di vista patrimoniale<sup>331</sup>. La capacità edificatoria di un lotto, espressa in termini di volumetria, rappresenta sempre di più, nel comune sentire e nelle previsioni normative delle regioni, un valore economico che costituisce esso stesso oggetto di attività negoziale tra privati.

Essenziale è sulla questione l'interpretazione dell'art. 810 c.c. che recita «*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*»; disposizione, che offrirebbe un criterio di qualificazione solo per quei beni definibili cose, pur se, come autorevolmente insegnato, vi sono cose che non sono beni (e non possono formare oggetto di diritti) e beni che, d'altro canto, non sono cose<sup>332</sup>. In realtà, il concetto di bene è più ampio del concetto di cosa, comprendendo non solo le cose materiali o corporali (tra le quali sono le

<sup>330</sup> F. PATTI e F. RUSSO *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1685.

<sup>331</sup> G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *op. ult. cit.*, p. 873.

<sup>332</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. ult. cit.*, p. 55.

energie), ma anche quelle entità immateriali o ideali che pur non essendo cose sono idonee a formare oggetto di diritti, per la soddisfazione degli interessi tutelati dal nostro ordinamento giuridico<sup>333</sup>. Le cose per potere costituire oggetto di rapporti giuridici debbono essere beni: «*ciò vuol dire che debbono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano, senza di che mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile*»<sup>334</sup>; ed il bene costituisce, insomma, l'oggetto del diritto soggettivo<sup>335</sup>.

E' stato affermato<sup>336</sup>, che l'utilizzabilità delle potenzialità edificatorie del fondo, se non è un bene in senso tecnico giuridico, è certamente almeno un'utilità oggettiva del lotto, in grado di avere un valore economico, magari anche notevole, espresso tecnicamente dal rapporto tra i metri quadrati di superficie del lotto e i metri cubi di costruzione edificabili sul medesimo, in rappresentazione figurativa delle dimensioni che la futura costruzione dovrà avere.

Il rapporto matematico, insomma, è l'unità di misura della cubatura che in quanto tale è in sé stessa bene in senso giuridico e non esso stesso un sinonimo della volumetria ed il bene-cubatura, in quanto tale è un elemento idoneo a formare oggetto di diritto<sup>337</sup>. Si tratterebbe in specie di un bene immateriale di origine immobiliare, certamente lecito e possibile e

---

<sup>333</sup> S. CERVELLI, *I diritti reali: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di G. Capozzi*, ed. 2, Milano, 2007, p.1.

<sup>334</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. ult. cit., p. 55.

<sup>335</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in op. ult. cit., p. 50.

<sup>336</sup> M. LEO, *Il trasferimento di cubatura*, in op. ult. cit., p. 699 e ss.

<sup>337</sup> C.M. BIANCA, *La proprietà*, in op. ult. cit., p. 55, afferma che beni sono tutte le entità fisiche o ideali idonee a costituire oggetto di diritto; le cose sono invece i beni corporali.

comunque astrattamente dotato delle caratteristiche di cui all'art.1346 c.c. e quindi determinato o determinabile<sup>338</sup>.

Nessun ostacolo si frapporrebbe, in tal caso, ad ammettere che la volumetria possa essere intesa quale bene autonomo in senso economico e di conseguenza costituire oggetto di diritti reali, qualsiasi forma e struttura abbia assunto il negozio; in una tale ottica, andrebbe, poi, distinta la circolazione del bene cubatura dalla sua fruizione: la prima, devoluta esclusivamente alla regolamentazione pattizia, la seconda, subordinata all'esito favorevole dell'attività provvedimento della Pubblica Amministrazione<sup>339</sup>. In altri termini, le operazioni sulla volumetria si pongono sull'esatto confine tra diritto amministrativo e diritto civile, atteggiandosi la cubatura quale bene che può formare oggetto di diritti nei rapporti interprivatistici e contemporaneamente interesse legittimo nei confronti della Pubblica Amministrazione strettamente collegato al potere di pianificazione di quest'ultima<sup>340</sup>.

La cubatura reificata consisterebbe in una *chance* ossia in «una potenzialità di trasformazione in termini volumetrici del territorio»; più esattamente, una *chance* edificatoria si conformerebbe in modo diverso (rispettivamente quale diritto soggettivo ed interesse legittimo), in relazione al piano sul quale si opera<sup>341</sup>: potrà costituire nei rapporti tra le parti private

---

<sup>338</sup> G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *op. ult. cit.*, p. 882.

<sup>339</sup> F. PATTI e F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *op. ult. cit.*, p. 1689, affermano che se la circolazione del bene cubatura potrà essere attuata con il ricorso a schemi negoziali aventi una struttura e caratteri squisitamente privatistici, il suo godimento è piuttosto «strettamente legato all'intervento della p.a. e si realizza al momento in cui emana il provvedimento abilitativo della costruzione».

<sup>340</sup> G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *op. ult. cit.*, pp. 885-886.

<sup>341</sup> G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *op. ult. cit.*, p. 885.

oggetto di un diritto soggettivo allorché il trasferimento opera in “volo”<sup>342</sup>; assumerà, invece, almeno sino al tempo dell’avvenuto rilascio del titolo edilizio che ne costituisce lo scopo ultimo, la veste di interesse legittimo nei confronti della Pubblica Amministrazione<sup>343</sup>.

In contrario, si è osservato che se davvero la cubatura (o i diritti edificatori) fossero un bene giuridico, la norma di riferimento in chiave di trascrizione dovrebbe essere l’art. 2643, n. 1 o n. 10, c.c., poiché si sarebbe in presenza di negozi gratuiti, permutate o vendite o conferimenti in società, mentre il n. 2-*bis* sarebbe una norma del tutto superflua<sup>344</sup>. Quindi se questa fosse un bene sarebbe stato sufficiente ricondurre il cd. bene alla situazione giuridica soggettiva volta ad assicurarne la titolarità<sup>345</sup>.

Inoltre, vi sarebbe un’ambiguità di fondo nella ricostruzione quando si parla di bene immateriale di origine immobiliare: semmai, è stato obiettato<sup>346</sup>, a volerne ammettere la configurabilità, si dovrebbe parlare di «*cosa materiale priva di forma corporale sensibile*», come le energie, ma, a ben guardare, la cubatura è strettamente legata alla materialità piena ed assoluta del suolo, a prescindere dal quale non sarebbe concepibile.

Infine, pare alquanto artificiosa<sup>347</sup> la ricostruzione della cubatura reificata quale *chance* edificatoria sia perché quest’ultima tradurrebbe dal

---

<sup>342</sup> Si rimanda al successivo paragrafo 4 per la trattazione del trasferimento in “volo” dei diritti edificatori e diverse fasi del “*decollo*” e “*atterraggio*”.

<sup>343</sup> G. TRAPANI, *I diritti edificatori*, in *op. ult. cit.*, p. 886.

<sup>344</sup> F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, in *Giust. Civ.*, 2012, 2, II, p. 103.

<sup>345</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori*, in *op. ult. cit.*, p. 49.

<sup>346</sup> F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, in *op. ult. cit.*, p. 104.

<sup>347</sup> B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento “in volo” dei diritti edificatori: l’art. 2643, n. 2-bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 2, p.593.

punto di vista civilistico ciò che, in termini amministrativistici, è l'interesse legittimo, sia perché appare sterile la distinzione tra titolarità del bene e sua utilizzabilità al fine di doppiare una vicenda unitaria nella quale lo si qualifica, in una prima fase privatistica, in termini di diritto soggettivo e, nell'altra pubblicistica, di interesse legittimo<sup>348</sup>.

Si riconoscere che tale ricostruzione, sorta anteriormente alla novella del 2011, aveva alla base il condivisibile intento, stante l'assenza di un riconoscimento normativo, di garantire alla fattispecie la tutela massima dei diritti reali senza però infrangerne il numero chiuso, così riconducendo il bene-cubatura ad oggetto del diritto di proprietà; esigenza questa che può ritenersi ormai soddisfatta.

### 3.10 – l) Interesse legittimo.

Secondo un'altra configurazione<sup>349</sup>, pur anteriore alla novella ma riproposta in tempi recenti, oggetto delle cessioni e dei trasferimenti di cubatura non sarebbe la volumetria (o i diritti edificatori), intesi quali diritti soggettivi o beni autonomi, ma «*interessi legittimi volti a pretendere nei confronti dell'amministrazione domina, che l'astratta volumetria riconosciuta dal potere di piano o altre fattispecie equipollenti, possa concretizzarsi tramite il rilascio del titolo abilitativo (e similia)*». Il sintagma diritti edificatori, ora scelto dal legislatore, sarebbe da considerare

---

<sup>348</sup> F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *op. ult. cit.*, p. 103.

<sup>349</sup> A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Giust. Amm.*, 2008, 4, p.167.

non corretto sotto il profilo giuridico<sup>350</sup> “mascherando in realtà” un interesse legittimo pretensivo alla realizzazione delle volumetrie<sup>351</sup>.

Tale opinione troverebbe giustificazione nell’evoluzione storica della materia, che negli anni ottanta e novanta del secolo scorso esprimeva una concezione non patrimoniale e formale dell’interesse legittimo, tale da impedire che lo stesso potesse direttamente costituire oggetto di una negoziazione tra privati; concezione superata con la previsione degli accordi amministrativi tra la Pubblica Amministrazione ed i privati che ha reso “negoziabili” gli interessi legittimi<sup>352</sup>.

Una ulteriore conferma si avrebbe dalla celebre sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 500 del 1999, a tenore della quale gli interessi legittimi sono definibili situazioni sostanziali dirette a proteggere i beni della vita e, dunque, patrimonializzabili e, laddove oggetto di lesione, risarcibili proprio in quanto posizioni suscettibili di un’autonoma valutazione economica. In tale luce, l’interesse legittimo, negoziabile nei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, autonomamente risarcibile ove lesa *contra ius*, può costituire oggetto di atti dispositivi tra privati<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento “in volo” dei diritti edificatori: l’art. 2643, n. 2-bis, c.c.*, in *op. ult. cit.*, p. 591.

<sup>351</sup> A. BARTOLINI, *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, II, p.306, il quale afferma inoltre che la locuzione diritto edificatorio ha, allora, valenza assolutamente atecnica.

<sup>352</sup> La norma di riferimento è l’art. 11 della Legge n. 201 del 1990, sul procedimento amministrativo, che dichiara applicabili agli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili».

<sup>353</sup> B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento “in volo” dei diritti edificatori: l’art. 2643, n. 2-bis, c.c.*, in *op. ult. cit.*, p. 592.



Si aggiunge, inoltre, che tale interesse legittimo si tradurrebbe in termini privatistici nella *chance*<sup>354</sup> edificatoria, da intendersi quale interesse sostanziale sotteso all'interesse legittimo: il soggetto titolare del diritto edificatorio non vanterebbe un diritto soggettivo (in quanto questi non si collegano ai poteri della PA) ma un interesse legittimo, legato ad un potere discrezionale della stessa PA, e cioè, una *chance* edificatoria<sup>355</sup>.

Peraltro, una tale ricostruzione delle fattispecie, apprezzabile per originalità e per certi versianche affascinante, non ha tenuto in considerazione l'intervento legislativo attuato con il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, con il quale si è manifestato l'intento di garantire certezza nellacircolazione dei *diritti edificatori*, prevedendone la trascrivibilità: non esistono ipotesi di trascrizione di interessi legittimi. Quindi, la scelta del legislatore, per quanto criticabile circa le modalità di attuazione, è quella di riconoscere nei diritti edificatori una situazione giuridica soggettiva riferibile esclusivamente al privato, e non di pretesa nei confronti della PA. Il ruolo dell'autorità pubblica, certamente importante, interviene in un momento successivo e, precisamente, quando il privato abbia già un diritto (o un titolo) che lo legittimi a richiedere il provvedimento abilitativo.

---

<sup>354</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Dir. e giust.*, 2009: definisce la *chance* «come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sè stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione».

<sup>355</sup> B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2-bis, c.c.*, in *op. ult. cit.*, p. 593. L'A. aggiunge che tale *chance* edificatoria potrebbe circolare non come una *res*, ma come un diritto di credito; precisando inoltre che la *chance* non diventi un diritto di credito a seguito della circolazione.

### 3.11 – m) Diritto reale atipico.

Un indirizzo molto risalente della Suprema Corte<sup>356</sup> che ha trovato qualche riscontro in dottrina<sup>357</sup>, ha qualificato la cessione di cubatura come negozio traslativo di un diritto reale atipico. Il proprietario del fondo che intende cedere in parte o integralmente una determinata volumetria in realtà dispone di un diritto a sé stante che trasferisce a favore del proprietario del fondo beneficiario, affinché quest'ultimo possa ottenere un permesso cd. maggiorato.

Oggetto del trasferimento è una delle facoltà della proprietà fondiaria e precisamente la facoltà di costruire; la cubatura costituirebbe in tale luce un oggetto del diritto a sé stante, una *utilitas* vera e propria ed un valore economico di cui il titolare può liberamente disporre.

Una siffatta ricostruzione non contraddirebbe il principio del numero chiuso dei diritti reali, atteso che il paradigma legislativo che lo impone può essere derogato da norme speciali e quindi dal legislatore medesimo. In particolare nella fattispecie in esame, le previsioni dei piani regolatori che disciplinano la cessione di volumetria costituirebbero espressione di un siffatto assunto.

La configurazione proposta della cubatura quale diritto reale atipico sembrerebbe da una parte coniugare la certezza dei rapporti tra privati e tra

---

<sup>356</sup> Cassazione Civile, Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 547-553, con nota di M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*.

<sup>357</sup> S. SCARLATELLI *La cd. cessione di cubatura, problemi e prospettive* in *Giust. Civ.*, 1995, II, p. 287; M. LANGELLA, *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *op. ult. cit.*, p. 438.

costoro e la Pubblica Amministrazione, essendo necessaria la forma scritta *ad substantiam* e dall'altra assicurerebbe la opponibilità della convenzione ai terzi, ben potendo essere trascritta presso i registri immobiliari.

E' stato obiettato<sup>358</sup> che alla ammissibilità di una tale tesi non è di impedimento la "deroga" al principio del numero chiuso, quanto la regola che nega la possibilità di disporre in via autonoma delle facoltà ricomprese nel diritto. Non si ammette infatti che le singole facoltà possano essere rese autonome e trasferite quali specifici diritti reali, dotati di vita propria e proprie regole di circolazione<sup>359</sup>.

Ma la questione, come si vedrà, sembra ormai potersi risolvere alla stregua dell'innovazione legislativa introdotta dal d.l. n. 70 del 2011.

#### ***4 – I "diritti edificatori" ed il contratto di cessione di cubatura alla luce della novella del 2011.***

##### *4.1 – I "diritti edificatori".*

Il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla Legge 12 luglio 2011, n. 106, con lo scopo dichiarato di tipizzare un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la cd. "*cessione di cubatura*" (art. 5, comma 1, lett. c del d.l.) ed al fine di garantire certezza nella circolazione dei *diritti edificatori*, ha inserito all'articolo 2643 del codice civile il nuovo numero 2-bis) così prevedendo la trascrivibilità dei «*contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da*

---

<sup>358</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 657.

<sup>359</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *op. ult. cit.*, p. 657.

*strumenti di pianificazione territoriale»* (art. 5, comma 3, del d.l.). La nuova norma si presenta come fortemente innovativa poiché non limita il proprio ambito di applicazione al solo fenomeno del trasferimento di volumetria ma anche ai nuovi fenomeni giuridici previsti dalla normativa urbanistica della *perequazione, compensazione e incentivazione*, tutti riconducibili all'istituto della perequazione urbanistica<sup>360</sup>, la cui comune caratteristica è l'attitudine a generare diritti edificatori<sup>361</sup>.

La superiore affermazione è supportata dal fatto che mentre nel testo originario la norma contemplava solo i contratti *traslativi* di diritti edificatori, in sede di approvazione sono stati inseriti i riferimenti ai contratti *costitutivi e modificativi*. Da tale aggiunta si evince che l'intendimento del legislatore è quello di permettere la trascrizione di ogni tipo di contratto che abbia ad *oggetto* diritti edificatori al fine di garantirne adeguata pubblicità in caso di loro circolazione; tale necessità ha prevalso anche rispetto alla pur dichiarata volontà di tipizzare il nuovo schema contrattuale della cessione di cubatura<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> Il problema della perequazione urbanistica meriterebbe di essere affrontato in un apposito lavoro per essere compiutamente ricostruito e pertanto ci si permette di rimandare a P. URBANI, *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011; E. BOSCOLO, *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno di Bari, 11 giugno 2011*, 2011, 3, pp. 57-74.

<sup>361</sup> B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2-bis, c.c.*, in *op. ult. cit.*, p. 570.

<sup>362</sup> B. MASTROPIETRO, *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2-bis, c.c.*, in *op. ult. cit.*, p. 570.

#### 4.2 – Le fasi “decollo”, “volo” e “atterraggio” dei diritti

*edificatori.*

La figura del “diritto edificatorio” è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dalla cd. urbanistica perequativa, e, più in particolare, dagli strumenti urbanistici che prevedono meccanismi quali la compensazione e la premialità edilizia disciplinati dalle leggi regionali e nazionali<sup>363</sup>. Tali istituti altro non sono che accordi intercorrenti tra i privati e la PA stipulati al fine di un più equo e razionale sfruttamento del territorio: per *compensare* il sacrificio imposto su determinate aree, si attribuisce al proprietario del fondo vincolato una volumetria aggiuntiva da poter sfruttare su di un'altra area (esempio di tali accordi è il credito edilizio assegnato ai proprietari di fondi assoggettati a vincoli preordinati all'esproprio, previa cessione gratuita all'autorità amministrativa delle aree oggetto dei vincoli, di modo da poter recuperare una capacità edificatoria su altre aree<sup>364</sup>).

La peculiarità di tali istituti perequativi consiste nel distacco del diritto edificatorio – definito dalla dottrina con il termine di “*decollo*” – dal fondo che lo ha generato a favore di un soggetto, che non è più titolare di alcun

---

<sup>363</sup> Prevedono espressamente meccanismi di genesi premiali di diritti edificatori a livello regionale, ad esempio, gli artt. 35 e 36, legge regionale Veneto 23 aprile 2004, n. 11 ed a livello nazionale l'art. 1, comma 259, Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) che così dispone: «*Ai fini dell'attuazione di interventi finalizzati alla realizzazione di edilizia residenziale sociale, di rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti, il comune può, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici, consentire un aumento di volumetria premiale nei limiti di incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti di cui al comma 258*».

<sup>364</sup> F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e trascrizione*, in *in op. ult. cit.*, p. 112, precisa che l'espressione “*credito edilizio*” è atecnica in quanto il privato non vanta nei confronti della PA una pretesa eseguibile, magari in forma specifica.

diritto reale sul fondo stesso, ma che potrà disporre di tale volumetria aggiuntiva attribuita dal diritto edificatorio sia direttamente su di un altro fondo sia – e questa costituisce la novità – cedendola a terzi (i due momenti del concreto utilizzo della cubatura aggiuntiva e del trasferimento vengono rispettivamente definiti fase di “*atterraggio*” e fase di “*volo*” del diritto edificatorio).

Per fornire certezza a tale nuova realtà è stato introdotto il n. 2-*bis* dell’art. 2643 c.c. il quale rende conoscibili e opponibili le vicende circolatorie dei diritti edificatori prevedendone la trascrizione.

#### *4.3 – Natura giuridica dei diritti edificatori.*

Il fenomeno dei diritti edificatori, all’esito della novella del 2011, si pone di fronte all’interprete in termini alquanto complessi poiché comprende fattispecie giuridiche eterogenee<sup>365</sup>. Sennonché, dovendosi riconoscere al legislatore una «*presunzione relativa di razionalità*» bisogna condurre l’indagine sulla natura dei diritti edificatori da un punto di vista unitario, non potendosi riconoscere alla medesima situazione giuridica contemporaneamente la natura sia di diritto reale, quando essa sia riconosciuta ad un soggetto, che di diritto di credito, quando invece essa venga trasferita<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Di fatti non v’è molta somiglianza tra il trasferimento di volumetria da un fondo ad un altro posto in una stessa zona urbanistica (la cessione di cubatura) e l’indice di volumetria premiale, da esercitarsi senza limiti di zona, attribuito al soggetto che ceda gratuitamente al Comune il proprio fondo assoggetto ad un vincolo espropriativo.

<sup>366</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno di Bari, 11 giugno 2011*, 2011, 3, p. 44.

Dovendo necessariamente partire dal dato normativo, si evince che il legislatore, con il n. 2-*bis* dell'art. 2643 c.c., abbia come scopo principale quello di rendere pubblici i negozi che hanno ad oggetto i «*diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*» (pertanto è già la stessa norma che sembrerebbe imporre di ricostruire unitariamente il “diritto” *de qua*). Innanzitutto appare corretto partire dalle modalità di attuazione dell'interesse protetto che consistono precisamente nell'edificare (*rectius*: nello sfruttamento delle potenzialità edificatorie del suolo) il quale a sua volta può ricondursi ad una delle facoltà classiche del diritto di proprietà, e pertanto l'ambito di riferimento dovrebbe essere quello dei diritti assoluti<sup>367</sup>. Come autorevolmente sostenuto, è difficile immaginare che il diritto edificatorio possa rientrare nel diverso schema dei diritti relativi, ossia della pretesa ad un comportamento altrui<sup>368</sup>. Nel senso che l'ambito di riferimento sia quello dei diritti reali depone anche la collocazione sistematica della nuova norma, la quale si inserisce prima del n. 3 dell'art. 2643 c.c., che menziona i contratti costituiscono una comunione sui «*diritti menzionati nei numeri precedenti*», e pertanto in riferimento alla proprietà e agli altri diritti reali<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> A ben guardare pur essendo lo sfruttamento edificatorio una facoltà del proprietario, questa può assumere il rango di diritto reale quando viene separata dalla proprietà del suolo e trasferita dal proprietario ad un diverso soggetto: il diritto di superficie.

<sup>368</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *op. ult. cit.*, p. 46.

<sup>369</sup> Si è ben consapevoli che il riferimento alla sola collocazione per quanto serve ad indicare all'interprete la via da seguire, non può essere risolutivo.

Senonché affermare che i diritti edificatori rientrano nella categoria dei diritti assoluti si scontrerebbe non solo con il principio di tassatività dei diritti reali ma anche con la carenza di inerenza reale, e cioè la mancanza di un bene sul quale tale diritto si dovrebbe esercitare.

Per quanto riguarda la prima delle obiezioni<sup>370</sup> si afferma che l'edificazione costituisce una facoltà ricompresa nel diritto di proprietà ed all'autonomia privata non è consentito disporre in via autonoma delle facoltà, in quanto situazioni soggettive prive di autonomia<sup>371</sup>.

Orbene la superiore obiezione si può superare tenendo a mente che innanzitutto è proprio il legislatore che introduce una norma la quale contempla espressamente i diritti edificatori ed inoltre che il principio in questione era inteso come limite rigido alla proliferazione dei diritti reali atipici che potessero ricostituire le tecniche proprie dell'*ancien régime* che avevano portato allo svuotamento del diritto di proprietà<sup>372</sup>.

Le superiori esigenze possono dirsi oggi tranquillamente superate e parte della dottrina più recente<sup>373</sup> ammette che stabilire limiti all'introduzione di nuovi diritti reali, nell'attuale sistema giuridico, può essere giustificato solo per garantire l'interesse degli acquirenti e dei creditori (ed in generale dei terzi) a conoscere con chiarezza e precisione i diritti loro opponibili sui beni che intendono acquistare (o che sono loro

---

<sup>370</sup> L'obiezione della violazione del principio del numero chiuso dei diritti reali è stata anche utilizzata per contrastare quell'orientamento che vedeva nella cessione di cubatura un trasferimento di un diritto reale atipico.

<sup>371</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. ult. cit., p. 73; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in op. ult. cit., p. 657

<sup>372</sup> U. MORELLO, *Proprietà e Possesso*, in *Trattato dei Diritti Reali* diretto da A. GAMBARO – U. MORELLO, vol. I, Milano, 2008, p. 69.

<sup>373</sup> U. MORELLO, *Proprietà e Possesso*, in op. ult. cit., pp. 111-112.



offerti in garanzia o che hanno, comunque, interesse a valutare per le più diverse ragioni).

Vi sarebbe insomma un “*problema di comunicazione*” e non di organizzazione della proprietà; le ragioni di ordine pubblico alla base del principio riguardano l’efficiente circolazione dei beni e la tutela dell’affidamento dei terzi interessati e non la migliore gestione della proprietà<sup>374</sup>. Orbene, se è questa la *ratio* che sta alla base del principio in questione si può affermare che l’introduzione della nuova norma serva proprio ad assecondare le esigenze pubblicitarie richieste per la creazione di nuovi diritti reali e, pertanto, la trascrivibilità, sancita ai sensi dell’art. 2643 c.c., rimuoverebbe l’ostacolo tecnico all’ampliamento – si badi ad opera del legislatore e non dell’autonomia privata – del novero dei diritti reali<sup>375</sup>.

Più complesso è l’*iter* logico che porta al superamento della seconda obiezione, e cioè della mancanza di inerenza del diritto edificatorio, specie quello in “*volo*”, ad una *res*. Per qualificare il diritto *de qua* bisogna sempre partire dalle modalità di realizzazione del diritto medesimo e, come sostenuto da condivisibile dottrina, un diritto non sarà meno reale, e non vedrà venir meno la sua necessaria inerenza a una *res*, per il solo fatto che siano consentiti con effetti immediati mutamenti della titolarità, pur in mancanza del rapporto attuale col bene<sup>376</sup>.

Ciò che è rilevante è che in nessun caso quel diritto potrà essere esercitato (*rectius*: l’interesse protetto potrà realizzarsi), e quindi la

---

<sup>374</sup> U. MORELLO, *Proprietà e Possesso*, in *op. ult. cit.*, p. 112.

<sup>375</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *op. ult. cit.*, p. 54.

<sup>376</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *op. ult. cit.*, p. 52.

costruzione realizzata, in difetto di un rapporto qualificato con un suolo edificabile, rapporto che va individuato in una situazione giuridica soggettiva idonea ad assicurarlo (ad esempio, la proprietà). Non si sostiene che l'inerenza attuale ad un suolo sia un requisito secondario ma solo che questa, che si sostanzia nella titolarità di una situazione giuridica soggettiva che consenta la sfruttamento edificatorio, rappresenta un'esigenza primaria solo per la fase di realizzazione del contenuto del diritto, e non per la sua circolazione<sup>377</sup>.

In conclusione, si può affermare che il nuovo "diritto edificatorio" rientri a pieno titolo tra i diritti reali, ma non tra quelli *in re aliena* poiché se è vero che tale diritto trae origine dal distacco di una facoltà (l'edificazione) propria del diritto di proprietà che viene ad assurgere al rango di situazione giuridica soggettiva nuova (similmente al diritto di superficie) questo non verrà esercitato su di un bene nel quale vi sia una concorrente *nuda proprietà* ma su di un bene nel quale già sussista una diverso e più ampio diritto, quale la proprietà (o anche un diritto di superficie)<sup>378</sup>. In questo consiste l'innovatività del diritto *de qua* e cioè nella circostanza che questo, pur presentandosi come un autonomo oggetto di atti dispositivi ed il cui interesse trova realizzazione attraverso il solo comportamento del titolare, necessita per la concreta esecuzione di un ulteriore diritto reale per essere materialmente esercitato.

---

<sup>377</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *op. ult. cit.*, p. 52.

<sup>378</sup> G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *op. ult. cit.*, pp. 52-53.

#### 4.4 – Il contratto di cessione di cubatura.

Dopo aver ripercorso le numerose teorie sulla natura giuridica della cubatura e sulla relativa cessione, si vuole concludere affrontando il tema specifico del contratto che ha ad oggetto il relativo trasferimento, alla luce della normativa introdotta dal d.l. n. 70/2011.

Se si accoglie quanto detto sulla natura dei diritti edificatori, e cioè che questi rientrano nella categoria dei diritti reali, sia perché testualmente previsti dalla nuova normativa<sup>379</sup> e sia perché direttamente esercitabili solo in presenza di una *res*<sup>380</sup>, si deve concludere che il contratto che ha ad oggetto il trasferimento di tali diritti abbia effetti reali<sup>381</sup>.

Come tradizionalmente insegnato<sup>382</sup>, l'effetto reale consiste nella trasmissione di un diritto, ad opera dello stesso negozio, «*fra le parti e rispetto ai terzi*»; tali negozi inoltre assumono una specifica rilevanza proprio rispetto ai terzi<sup>383</sup> in quanto viene in rilievo anche l'efficacia riflessa del negozio che si riverbera nei loro confronti: proprio per queste ragioni la legge stabilisce un regime di pubblicità dei negozi. Allora, se è contratto ad effetti reali quel negozio che, con efficacia immediatamente dispositiva,

---

<sup>379</sup> Così superando l'obiezione del principio di tipicità dei diritti reali.

<sup>380</sup> L'edificazione si può in concreto immaginare solo in presenza di un bene sul quale costruire.

<sup>381</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *op. ult. cit.*, p. 102, il quale, pur non condividendo la tesi della natura reale dei diritti edificatori, ammette che sarebbe in linea con la riforma l'idea del diritto immobiliare.

<sup>382</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. ult. cit.*, p. 239.

<sup>383</sup> Da qui anche il rilievo del principio dell'affidamento; cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. ult. cit.*, p. 238.

produce, tra l'altro, la trasmissione di un diritto, ne consegue che anche la cd. cessione di cubatura rientri a pieno titolo nella categoria<sup>384</sup>.

Ciò si può sostenere sulla base del nuovo dettato normativo che prevede, in linea con quanto appena detto, un regime di pubblicità.

Pertanto se, come affermato dalla dottrina<sup>385</sup>, un limite all'introduzione di nuovi diritti reali, nell'attuale sistema giuridico, può essere giustificato solo per garantire l'interesse generale a conoscere i diritti esistenti su i beni e le ragioni di ordine pubblico alla base del principio del numero chiuso riguardano l'efficiente circolazione dei beni e la tutela dell'affidamento dei terzi e non la migliore gestione della proprietà<sup>386</sup>, si deve concludere che l'introduzione del n. 2-*bis* nell'art. 2643 c.c. serva proprio ad assecondare le esigenze pubblicitarie richieste per la creazione di nuovi diritti reali.

---

<sup>384</sup> Ad ulteriore conferma di quanto detto vi è anche l'ovvia, ma non banale, considerazione che il legislatore prevedendo il meccanismo pubblicitario di cui all'art. 2643 c.c., richieda per la trascrivibilità, e quindi conseguente opponibilità, di tale negozio una determinata forma: «*la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente*» (art. 2657 c.c.).

<sup>385</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. ult. cit., p. 239 e U. MORELLO, *Proprietà e Possesso*, in op. ult. cit., pp. 111-112.

<sup>386</sup> U. MORELLO, *Proprietà e Possesso*, in op. ult. cit., p. 112.

## **BIBLIOGRAFIA**

### ***Volumi giuridici:***

BARASSI L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951.

BELFIORE A., *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.

BELLONI PERESUTTI P., sub. artt. 832-845, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di CIAN G. e TRABUCCHI A., ed. X, Padova, 2011.

BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia. Prospettive e problemi*, Bologna, 1982.

BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, Bologna, 1988.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1994.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, III, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *La proprietà*, in *Diritto Civile*, VI, Milano, 1999.

BIGLIAZZI GERI L. – BRECCIA U. – BUSNELLI F.D. – NATOLI U., *Diritto civile*, 2, *Diritti reali*, Torino, 1988.

BIGLIAZZI GERI L., *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. XI, tomo 3, Milano, 1980.

BIONDI B., *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, vol. XII, Milano, 1967.

- BRANCA G., *Commentario del Codice civile. Libro III, Della proprietà: Art. 810-956*, Bologna, 1960.
- BRANCA G., *Commentario del Codice civile. Libro III, Della proprietà: Art. 957-1026, Art. 1100-1172*, Bologna, 1961.
- BRANCA G., *Servitù prediali (Artt. 1027-1099), Libro III - Della proprietà*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1967.
- BREGANZE M., voce *Edilizia e Urbanistica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990.
- BURDESE , voce *Servitù prediali (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, Torino, 1970.
- BURDESE A., *Servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, vol. 3, pt. 4, Milano, 1960.
- BURDESE A., *Le servitù prediali: linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007.
- CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990.
- CANDIAN A., *Trasferimento di volumetria*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, Appendice, I, Torino, 2000.
- CANDIAN A. - GAMBARO A., *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992.
- CARINGELLA F. – DELPINO L. – DEL GIUDICE F., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2002.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. XII, Milano, 2010.

- CASTRO S. – MARI A. – MAZZOTTA V., *D.I.A. e permesso di costruire: procedimento e silenzio della P.A., norme tecniche per l'edilizia, vigilanza controlli e poteri degli enti locali, sanatoria e legislazione speciale, tutela amministrativa e giurisdizionale, distanze legali e reati edilizi, risarcimento danni*, Torino, 2009.
- CATERINI E., *Proprietà*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. PERLINGIERI, vol. III, tomo 3, Napoli, 2005.
- CECCHERINI G., *Il c.d. «trasferimento di cubatura»*, Milano, 1985.
- CENTOFANTI N., *Permesso di costruire e denuncia di attività*, Milano, 2008.
- CERULLI-IRELLI V., voce *Ius aedificandi*, in *Dizionario del diritto privato, Diritto civile*, I, Milano, 1980.
- CERVELLI S., *I diritti reali: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di G. Capozzi*, ed. 2, Milano, 2007.
- COMPORATI M., *Le servitù prediali, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VIII, tomo 2, Torino, 2002.
- COMPORATI M., voce *Servitù (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLII, Milano, 1990.
- COMPORATI M., *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. VIII, tomo 1, Milano, 1980.

- COSTANTINO M., *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. COSTANTINO, Agg., Milano, 1995.
- COSTANTINO M., *Il diritto di proprietà, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, Torino, 2005.
- COSTANZA M., *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980.
- D'ANGELI F., *Ius aedificandi: piani regolatori generali e particolareggiati*, in *Proprietà privata e funzione sociale*. Seminario diretto dal prof. F. SANTORO-PASSARELLI, Padova, 1976.
- DE GIOIA V., *I nuovi titoli abilitativi edilizi: comunicazione di inizio attività: permesso di costruire: dalla DIA alla SCIA*, Torino, 2010.
- DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà, Libro III - Della proprietà, (art. 810-956)* in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1960.
- DI MAIO A. – FRANCARIO L., voce *Proprietà edilizia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988.
- DOMENICHELLI V., voce *Edilizia residenziale pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 411-423.
- FAVA P. – GIULIANO P. – SORANO F., *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, Rimini, 2006.



- FRANCARIO L., *I beni in generale, La proprietà e il possesso*, in *Diritto Civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, vol. II, tomo 2, Milano, 2009.
- FRANCARIO L., *La Proprietà Fondiaria, La Proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, ed. II, Torino, 2005.
- GALGANO F., *Le categorie generali, le persone, la proprietà*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. I, Padova, 1994.
- GALGANO F., *Le categorie generali, le persone, la proprietà, la famiglia, le successioni, la tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2009.
- GALLETTO T., voce *Proprietà immobiliare urbana*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XV, Torino, 1997.
- GALLO P. – NATUCCI A., *La superficie, Beni proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. VII, tomo II, Torino, 2001.
- GAMBARO A., *Contenuto giuridico del diritto di proprietà*, in *La proprietà privata immobiliare. Atti del convegno di studi. Urbino, 1-3 ottobre 1979*, Milano, 1981.
- GAMBARO A., *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, vol. VIII, tomo 2, Milano, 1995.
- GAMBARO A., *La proprietà – Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990.
- GAMBARO A., *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, ed. I, Torino, 1982.
- GAMBARO A., *La proprietà edilizia, La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, tomo 1, ed. II, Torino, 2005.
- GAMBARO A., *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1980.
- GAMBARO A., *Proprietà e Possesso*, in *Trattato dei Diritti Reali*, diretto da A. GAMBARO – U. MORELLO, vol. I, Milano, 2008.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare, artt. 2643-2645*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, vol. 1, Milano, 1991.
- GENGHINI L. – CAMPANILE T. – CRIVELLARI F., *I diritti reali*, in *Manuali Notarili* a cura di L. GENGHINI, Padova, 2011.
- GIORGIANNI , voce *Diritti reali (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, 1960.

- GROSSO G.– DEIANA G., *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di F. VASSALLI, vol. V, tomi 1 e 2, Torino, 1963.
- GUARNERI A., voce *Superficie*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XIX, Torino, 1999.
- IRTI N., *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- LIBERTINI M., *I «trasferimenti di cubatura»*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. GALGANO, vol. III, Torino 1995.
- LIBERTINI M., *I «trasferimenti di cubatura»*, in *Il Contratto: Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992.
- LIPARI M., *Art. 1470 (artt. 1470-1570), Libro IV, Delle Obbligazioni*, in *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina diretta da C. RUPERTO*, tomo V, Milano, 2005.
- MAGNANI I., *Contenuto economico del diritto di proprietà privata immobiliare – Cuius commoda eius incommoda*, in *La proprietà privata immobiliare. Atti del convegno di studi. Urbino, 1-3 ottobre 1979*, Milano, 1981.
- MANGIONE G., *Ius aedificandi e valori costituzionali. Uno studio comparatistico su alcuni aspetti della problematica in tre Ordinamenti dell'Europa attuale*, Milano, 2004.

- MATTEI U., *Diritti Reali, La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* a cura R. SACCO, vol. 1, Torino, 2001.
- MATTEI U., voce *Proprietà*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XV, Torino, 1997.
- MAZZARELLI V., voce *Convenzioni Urbanistiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, V Aggiornamento, Milano, 1992.
- MAZZAROLLI L., voce *Concessione e Autorizzazione Edilizia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989.
- MAZZONI P., *La proprietà: procedimento. Pianificazione del territorio e disciplina della proprietà*, Milano, 1975.
- MENGOLI G.C., *Manuale di diritto urbanistico*, ed. VI, Milano, 2009.
- MENGOLI G.C., *Le Leggi urbanistiche commentate con la giurisprudenza e le usuali leggi di corredo*, Milano, 2000.
- MILANESE E., *I diritti trasferibili di edificazione alla luce di alcune esperienze esterne. Proprietà privata immobiliare e «mondo tecnico»*, in *La proprietà privata immobiliare. Atti del convegno di studi. Urbino, 1-3 ottobre 1979*, Milano, 1981.
- MINUSSI D., *Proprietà, Possesso, Diritti reali*, Napoli, 2009.
- MIRABELLI G., *Delle obbligazioni, dei contratti in generale (Artt. 1321 - 1469)*, in *COMMENTARIO del codice civile. Libro IV*, Torino, XVI, ed. III, 1984.
- MORELLO U., *Proprietà e Possesso*, in *Trattato dei Diritti Reali* diretto da A. GAMBARO – U. MORELLO, vol. I, Milano, 2008.

- MOSCARINI L., *Evoluzione della proprietà nella disciplina urbanistica*, in *Proprietà privata e funzione sociale*. Seminario diretto dal prof. F. SANTORO-PASSARELLI, Padova, 1976.
- MOTTA S. – BRIGHI P., *La proprietà*, in *Proprietà e Diritti Reali*, a cura di C. PACILIO, Torino, 2008.
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, ed. II, Milano, 1976.
- NATUCCI A., *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. VII, tomo II, Torino, 2001.
- NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988.
- PARADISO M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, ed. V, Torino, 2008.
- PASETTI BOMBARDELLA G., voce *Superficie (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano, 1990.
- PREDIERI A., *La Legge 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977.
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.
- PUGLIESE G., voce *Diritti reali*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964.
- RESCIGNO P., voce *Proprietà*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988.
- RODOTÀ S., voce *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967.
- ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967.

- RUSSO A., sub. *art. 1*, in *Testo Unico dell'Edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e successive modifiche)* a cura di M. A. SANDULLI, ed. II, Milano, 2009.
- SACCO R., *La proprietà. Sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia*, Torino, 1968.
- SALVADORI M. A., *Legge 28 gennaio 1977, n. 10, norme per l'edificabilità dei suoli*, in *La proprietà privata immobiliare. Atti del convegno di studi. Urbino, 1-3 ottobre 1979*, Milano, 1981.
- SALVIA F., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008.
- SALVIA F. – TERESI F., *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, 1980.
- SALVIA F. – TERESI F., *Diritto urbanistico*, Padova, 2002.
- SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà, artt. 832-833*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1994.
- SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, ed. V, Catania, 1964.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, ed. IX, Napoli, 2002.
- SELVAROLO S., *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989.
- SORACE D., voce *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991, pp. 178-205.
- TABET A. – OTTOLENGHI E. – SCALITI G., *La proprietà*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale fondata da W. BIGIAMI*, Torino,

- TAMBURRINO G. – GRATTAGLIANO A.N., *Le servitù*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIAMI, Torino, 2002.
- TENELLA SILLANI C., *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994.
- TORREGROSSA G., *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, ed. XVIII, Milano, 2007.
- TRIOLA R., *Le servitù, Artt. 1027-1099*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008.
- URBANI P., *L'urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011.
- VASSALLI F., *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di F. VASSALLI, vol. V,t. 1, Torino, 1963.
- VITUCCI P., voce *Servitù prediali*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998.

**Articoli su riviste:**

AMADIO G., *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno di Bari, 11 giugno 2011*, 2011, 3, pp. 42-56.

BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Giust. Amm.*, 2008, 4, pp. 163-169.

BARTOLINI A., *Profili giuridici del cd. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, II, pp. 302-312.

BOSCOLO E., *La compensazione e l'incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno di Bari, 11 giugno 2011*, 2011, 3, pp. 57-74.

BURDESE A., *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, II, pp. 226-239.

CANGELLI F., *La cessione di cubatura nel contesto dell'amministrazione c.d. concordata*, in *Urb. e App.*, 2000, 11, pp. 1165-1174.

CARDARELLI U. F., *Concessione edilizia e atto di asservimento unilaterale del fondo*, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, pp. 262-267.

CECCHERINI G., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, in *Giust. Civ.*, 1990, II, pp. 103-109.



- CECCHERINI G., *Asservimento di area edificabile e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, XII, pp. 557-568.
- CECCHERINI G., *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 319-328.
- CHIANALE A., *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura*, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, pp. 1543-1552.
- CIMMINO N. A., *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. Not.*, 2003, 4, pp. 1113-1144.
- COLLETTI R., *Le servitù e la cessione di cubatura*, in *Nuova Rassegna*, 1996, 1, pp. 68-78.
- COSTANTINO M., *Sentenze d'un anno – Proprietà*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, pp. 681-689.
- COSTANZA M., *nota a Cassazione Civ., Sez. Un., 4 maggio 1989 n. 2084*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pp. 878-881.
- COSTANZA M., *nota a Cassazione Civ., Sez. I, 14 dicembre 1989 n. 6807*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pp. 372-374.
- DE LORENZI V., *Sul cd. trasferimento di cubatura*, in *Corr. Giur.*, 1989, 3, pp. 276-280.
- DE MARTINIS P., *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, pp. 216-225.

- DE MARTINIS P., *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp.342-345.
- DI PAOLO M., *Trasferimento di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 547-553.
- FELIS F., *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contr. e impr.*, 2011, III, pp. 632-635.
- FRANCO C., *Cessione di cubatura*, in *Vita Not.*, 1997, 2-3, pp. CXCII-CXCIX.
- GAMBARO A., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 6.
- GRASSANO N., *La cessione di cubatura*, in *Riv. Not.* 1992, IV, pp. 1069-1090.
- GRASSANO P., *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 383-390.
- GAZZONI F., *Cessione di cubatura, "volo" e trascrizione*, in *Giust. Civ.*, 2012, 2, II, pp. 101-125.
- LANGELLA M., *Brevi cenni in tema di cessione di cubatura*, in *Vita Not.*, 2007, 1, pp. 428-439.
- LEO M., *Il trasferimento di cubatura (Studio n. 1763/1999)*, in *Studi del Consiglio Nazionale del Notariato. Banca dati del Notariato*.
- LIBERTINI M., *Sui «trasferimenti di cubatura»*, in *Contr. e impr.*, 1991, I, pp. 73-95.

- MASTROPIETRO B., *Dalla cessione di cubatura al trasferimento "in volo" dei diritti edificatori: l'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 2, pp. 569-602.
- PATTI F. – RUSSO F., *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita Not.*, 2001, 3, pp. 1675-1691.
- PAVAN A., *Il trasferimento di cubatura*, in *Studium Iuris*, 2006, 10, pp. 1173-1180.
- PETRELLI G., *Cessione di cubatura e trattamento tributario dei trasferimenti di terreni edificabili*, in *Riv. Not.*, 2002, 5, pp. 1335-1336.
- PICCO G. B. – MAROCCO A. M., *I così detti «trasferimenti di cubatura»*, in *Riv. Not.*, 1974, III, pp. 626-659.
- PISCHETOLA A., *La circolazione di cubatura, di crediti edilizi e di diritti edificatori: profili fiscali*, in *Il Fisco*, 2011, 1, pp. 2664-2674.
- PITTER P., *Limiti di volumetria e vincolo di in edificabilità sulla superficie residua non edificata (una prassi diffusa in materia urbanistica)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, pp. 426-436.
- PREDIERI A., *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. Cost.*, 1968, II, pp. 1298-1340.
- RIZZI G., *La disciplina dell'attività edilizia dopo il decreto sullo sviluppo 2011 (Studio n. 325-2011/C)*, in *Studi e mater. C.N.N.*, 2001, 3, pp. 761-788.
- RUSSO D., *Cessione di cubatura: nozione e profili di tutela*, in *24ore Avv.*, 2008, 2, pp. 18-29.

- SANDULLI A.M., *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1978, II, pp. 73-91.
- SCARLATELLI S., *La cd. cessione di cubatura, problemi e prospettive*, in *Giust. Civ.*, 1995, II, pp. 287-297.
- TRABUCCHI A., *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, pp. 42-56.
- TRAPANI G., *I diritti edificatori*, in *Riv. Not.*, 2012, 4, pp. 775-899.
- TRAPANI G., *Normative speciali e circolazione giuridica dei diritti edificatori*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno di Bari, 11 giugno 2011*, 2011, 3, pp. 75-118.
- TROJANI P.L., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura*, in *Vita Not.*, 1990, 1/3, II, pp. 285-306.
- URBANI P., *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 4, pp. 587-596.
- VANGHETTI V., *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*, in *Not.*, 1996, V, pp. 417-426.

## **GIURISPRUDENZA**

### ***Corte Costituzionale:***

- Corte Costituzionale, 15 luglio 1983, n. 223, in *Giur. Cost.*, 1983, pp. 1331-1361, con nota di G. LOMBARDI.
- Corte Costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 22, con nota di G. LOMBARDI.
- Corte Costituzionale, 9 maggio 1968, n. 56, in *Foro it.*, 1968, I, p. 1361.
- Corte Costituzionale, 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 838-883, con nota di G. LOMBARDI.
- Corte Costituzionale, 20 gennaio 1966, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1966, pp. 91-92.
- Corte Costituzionale, 14 maggio 1966, n. 39, in *Giur. Cost.*, 1966, pp. 857-860, con nota di S. M. CICCONE.
- Corte Costituzionale, 14 maggio 1966, n. 38, in *Giur. Cost.*, 1966, pp. 846-857.
- Corte Costituzionale, 5 aprile 1965, n. 22, in *Giur. Cost.*, 1965, pp. 198-228.
- Corte Costituzionale, 10 maggio 1963, n. 64, in *Giur. Cost.*, 1963, p. 563, con nota di P. STELLA RICHTER.

***Suprema Corte di Cassazione:***

- Cassazione Civile, Sez. II, 19 gennaio 2012, n. 740, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 1, p. 49.
- Cassazione Civile, Sez. II, 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2010, pp. 319-327, con nota di G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento.*
- Cassazione Penale, Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21177, in *Cass. pen.*, 2010, 5, p. 1963.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Dir. e giust.*, 2009.
- Cassazione Penale, Sez. III, 29 gennaio 2008, n. 11113, in *Cass. pen.*, 2009, 1, p. 338.
- Cassazione Civile, Sez. II, 16 gennaio 2008, n. 730, in *Not.*, 2007, 5, p. 493.
- Cassazione Civile, Sez. trib., 14 maggio 2007, n. 10979, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.
- Cassazione Civile, Sez. II, 17 febbraio 2005, n. 3273, in *Mass. Giur. It.*, 2005, 4.
- Cassazione Civile, Sez. trib., 14 maggio 2003, n. 7417, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.
- Cassazione Civile, Sez. trib., 13 maggio 2003, n. 731, in *Riv. dott. comm.* 2003, 5, p. 1153.

- Cassazione Civile, Sez. II, 28 agosto 2002, n. 12571, in *Dir. e giur. agr.*, 2003, 5, p. 298, con nota di R. TRIOLA.
- Cassazione Civile, Sez. II, 15 giugno 2001, n.8151, in *Vita Not.*, 2003, p.704, con nota di E. MARANGONI, *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti)*.
- Cassazione Civile, Sez. I, 11 dicembre 1999, n. 13874, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, p. 1544, con nota di A. CHIANALE.
- Cassazione Civile, Sez. II, 12 settembre 1998, n. 9081, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1895.
- Cassazione Civile, Sez. I, 27 settembre 1997, n. 9508, in *Urb. e App.*, 1998, p. 58.
- Cassazione Civile, Sez. II, 9 settembre 1997, n. 8743, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1654.
- Cassazione Civile., Sez. II, 22 febbraio 1996, n. 1352, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp.342-345, nota di P. DE MARTINIS, *Accorpamento urbanistico di più aree, con particolare riferimento al trasferimento di volumetria*; e in *Not.*, 1996, V, pp. 417-426, con nota di V. VANGHETTI, *Profili civilistici della c.d. «cessione di cubatura»*.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pp. 878-881, con nota di M. COSTANZA.
- Cassazione Civile, Sez. I, 14 dicembre 1988, n. 6807, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pp. 372-374, con nota di M. COSTANZA; in *Giur. It.*, 1989, I, 1, pp. 1543-1552, con nota di A. CHIANALE, *Osservazioni sul*

- cosiddetto trasferimento di cubatura*; in *Corr. Giur.*, 1989, 3, pp. 276-280, con nota di V. DE LORENZI, *Sul cd. trasferimento di cubatura*.
- Cassazione Civile, Sez. I, 16 gennaio 1987, n. 718, in *Riv. Not.*, 1987, p. 312.
  - Cassazione Civile, Sez. Un., 20 dicembre 1983, n. 7499, in *Giur. It.* I, I, p. 209.
  - Cassazione Civile, Sez. II, 29 giugno 1981, n. 4245, in *Giur. It.*, 1982, I, I, p. 685.
  - Cassazione Civile, Sez. II, 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. It.* 1981, I, 1, p. 1346.
  - Cassazione Civile, Sez. II, 24 gennaio 1980, n. 588, in *Riv. Not.*, 1980, p. 953.
  - Cassazione Civile, Sez. II, 5 febbraio 1983, n. 965, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, p. 764.
  - Cassazione Civile, Sez. Un., 27 novembre 1974, n. 3873, in *Mass. Giur. It.*, 1974, pp. 984-985.
  - Cassazione Civile, Sez. I, 30 aprile 1974, n. 1231, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 547-553, con nota di M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*.
  - Cassazione Civile, Sez. Un., 10 novembre 1973, n. 2965, in *Mass. Giur. It.*, 1973, pp. 1014-1015.



- Cassazione Civile, Sez. I, 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Riv. Not.*, 1975, I, pp. 547-553, con nota di M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d'area e «numero chiuso» dei diritti reali*.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 3 ottobre 1973, n. 2472, in *Mass. Giur. It.*, 1973, p. 864.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 4 luglio 1973, n. 1867, in *Mass. Giur. It.*, 1973, pp.668-670.
- Cassazione Civile, Sez. I, 9 marzo 1973 n. 641, in *Foro It.* 1973, I, p. 2117.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 30 marzo 1972, n. 1010, in *Mass. Giur. It.*, 1972, pp. 374-375.
- Cassazione Civile, Sez. I, 8 giugno 1971, n. 1695, in *Mass. Giur. It.*, 1970, p. 1151.
- Cassazione Civile, Sez. Un., 17 febbraio 1969, n. 543, in *Mass. Giur. It.*, 1969, pp. 222-223.

***Consiglio di Stato:***

- Consiglio di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4331, in *Red. amm. CDS*, 2012, 7-8.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4319, in *Red. amm. CDS*, 2012, 7-8.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3120, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1265.

- Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1160.
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2642, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1286.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2011, n. 5443, in *Red. Giuffrè*, 2011.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 216, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 3, I, p. 864-867, con nota di I. CACCIAVILLANI, *L'ultimo tabù dell'urbanistica: la perequazione*.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3766, in *Foro amm. CDS*, 2008, 6, p. 2061.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 918, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3, p. 827.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2007, n. 6171, in *Foro amm. CDS*, 2007, 11, p. 3387.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5273, in *Foro amm. CDS*, 2007, 10, p. 2808.
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, p. 1240.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 6, I, p. 1280.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 4 maggio 2004, n. 2687, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, p. 1367.

- Consiglio di Stato, Sez. V, 3 marzo 2003, n. 1172, in *Boll. legisl. tecnica*, 2003, p. 473.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3637, in *Giur. it.*, 2001, II, pp. 400-402.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1246, in *App. Urb. Edil.*, 2000, p. 476.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 maggio 1999, n. 925, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 816.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1100, in *Foro amm. CDS*, 1997, p. 2715.
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 maggio 1997, n. 481, in *Riv. giur. edil.*, 1997, I, p. 929.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 13 agosto 1996, n. 918, in *Foro amm. CDS*, 1996, p. 2296.
- Consiglio di Stato, Sez. V, 25 novembre 1988, n. 744, in *Foro Amm. CDS*, 1988, 11, p. 325.

***Tribunali Amministrativi Regionali:***

- T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 16 luglio 2012, n. 1294, in *Red. amm. TAR* 2012, 7-8.
- T.A.R. Piemonte Torino, Sez. II, 5 luglio 2012, n. 808, in *Red. amm. TAR* 2012, 7-8.

- T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 24 aprile 2012, n. 1129, in *Foro amm. TAR* 2012, 4, p. 1435.
- T.A.R. Puglia Lecce, Sez. III, 7 maggio 2012, n. 776, in *Foro amm. TAR* 2012, 5, p. 1755.
- T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 19 aprile 2012, n. 1155, in *Foro amm. TAR*, 2012, 4, p. 1127.
- T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 24 aprile 2012, n. 1129, in *Foro amm. TAR* 2012, 4, p. 1435.
- T.A.R. Puglia Lecce, Sez. III, 07 maggio 2012 n. 776, in *Foro amm. TAR* 2012, 5, p. 1755.
- T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 16 dicembre 2011, n. 5867, in *Foro amm. TAR*, 2011, 12, p. 4056.
- T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, 21 ottobre 2011, n. 1598, in *Foro amm. TAR*, 2011, 10, p. 3245.
- T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 1 settembre 2011, n. 4279, in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, 2827.
- T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 7 luglio 2011, n. 1677, in *Foro amm. TAR*, 2011, 7-8, p. 2585.
- T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4113, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, p. 3377; e in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, I, p. 2058.
- T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 25 agosto 2010, n. 3418, in *Giur. merito*, 2010, 11, p. 2878.

- T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 3034, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, I, p. 3034.
- T.A.R. Liguria Genova, Sez. I, 26 maggio 2010 n. 3399, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, p. 1638.
- T.A.R. Veneto Venezia, Sez. II, 5 maggio 2010, n. 1774, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, p. 1628.
- T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 15 luglio 2008, n. 1426, in *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, p. 2239.
- T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 15 maggio 2008, n. 4549, in *Foro amm. TAR*, 2008, 5, p. 1414.
- T.A.R. Veneto Venezia, Sez. II, 8 ottobre 2007, n. 3203, *Red. Giuffrè* 2007.
- T.A.R. Puglia Lecce, Sez. III, 10 settembre 2007, n. 3150, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 9, p. 2881.
- T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. II, 9 luglio 2007, n. 950, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 7-8, p. 2658.
- T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 27 febbraio 2007, n. 179, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2, p. 672.
- T.A.R. Lombardia Brescia, 10 gennaio 2006, n. 24, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1, p. 29.
- T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. II, 15 novembre 2005, n. 2126, in *Foro amm. TAR*, 2005, 11, p. 3798.

- T.A.R. Molise Campobasso, 19 gennaio 2004, n. 3, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 180.
- T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 27 giugno 2003, n. 474, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2005.
- T.A.R. Lombardia Brescia, 6 aprile 2004, n. 404, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 955.
- T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 17 novembre 1999, n. 1604, in *Urb. e app.*, 2000, I, p. 96.
- T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 1 dicembre 1997, n. 868, *Massima red. Giuffrè*, 1998.

***Tribunali:***

- Tribunale Salerno, Sez. Riesame, 11 maggio 2012, in *Red. Giuffrè*, 2012.
- Tribunale Torino, 4 novembre 2003, in *Giur. merito*, 2005, 2, p. 443.
- Tribunale Vallo della Lucania, 16 novembre 1982, n. 354, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, pp. 261-268, con nota di U. F. CARDERELLI, *Concessione edilizia e atto di asservimento unilaterale del fondo*.

***Commissioni Tributarie:***

- Comm. Trib. Reg. Bari, Sez. IV, 22 marzo 2007, n. 10, in *www.giurisprudenzabarese.it*.
- Comm. Trib. Centr., Sez. X, 19 ottobre 1988, n. 6850, in *Comm. trib. centr.*, 1988, I, p. 761.